
المنتزع المختار من الغيث المدرار
المعروف بـ
شرح الأزهار

بسم الله الرحمن الرحيم

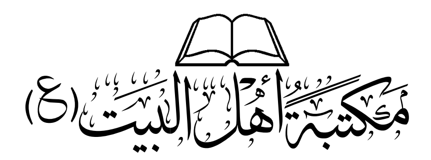


انتزعه

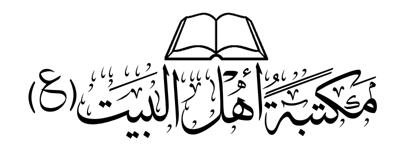
العلامة أبو الحسن عبدالله بن أبي القاسم بن مفتاح
(ت ٨٧٧ هـ)

المجلد السادس

(كتاب الشفعة - كتاب الإجارة)



صف وتحقيق وإخراج:



اليمن ـ صعدة ـ ت (٥٣١٥٨٠) سيار (٧١٣٨٤٢٩٨٩)

الطبعة الأولى

١٤٤٠هـ -٢٠١٩م

تنبيه:

أخي القارئ الكريم، لقد بذلنا الوسع في تصحيح اللفظ على النسخ الصحيحة وراعينا في ذلك المطابقة لطبعة غمضان في التذهيبات والتقريرات وغيرها، إلا ما لا بد منه من التصحيح لاستقامة اللفظ، **فإذا مر بك شيء** مختلف عن الطبعات السابقة فلا تظنه خطأً -وإن كنا نعلم أنه لا بد من بقاء بعض الأخطاء كما في كل كتاب حاشا كتاب الله- ولذلك عليك أخي القارئ أن تركز قبل أن تعيد تصحيح اللفظ، أو الحاشية، أو موضع الحاشية؛ فلم نضع ونصحح إلا ما فيه مصلحة لفهم الموضوع، ولتقريب الفهم للقارئ، والله من وراء القصد.

بسم الله الرحمن الرحيم

(كتاب الشفعة)

الشفع في أصل اللغة: نقيض(١) الوتر(٢)، ونقل إلى الشفعة الشرعية لما كان فيه(٣) ضم مال(٤) إلى مال(٥). والشفعة الشرعية: هي الحق السابق لملك المشتري(٦) للشريك(٧) أو من في حكمه(٨).

قوله: «للشريك أو من في حكمه» لتخرج الأولوية(٩).

---

(١) أي: مخالف.

(٢) بالفتح والكسر، والفتح أفصح.

(٣) في الزهور: فيها.

(٤) وهي العين المشفوعة.

(٥) العين المشفوع بها.

(٦) المتوقف على الطلب.

(*) صوابه: لتصرف المشتري؛ لأنها لا تجب إلا بالبيع، فالإسقاط قبله لا يصح، فلو قلنا بثبوت الحق قبل الملك لصح الإسقاط قبل البيع، وهو لا يصح. (زهور).

(٧) في الأصل.

(٨) لا فائدة لقوله: «أو من في حكمه»؛ لأن الجار شريك.

(*) الجار والطريق والشرب.

(٩) فإنها أقدم من الشفعة.

(*) وصورته: أن يبيع الوصي[١] شيئاً من مال الميت لقضاء دينه [أو تنفيذ وصاياه. (قرير)] كان للوارث نقضه وأخذه بحق الأولوية، لا بحق الشفعة عندنا[٢]، إلا أن يكون لهم سبب في الشفعة خيروا[٣]. (بيان). والفرق بين الأخذ بالأولوية وبين الأخذ بالشفعة من وجوه، منها: أن الأخذ بالأولوية على التراخي[٤]. ....=

---

[١] قال في شرح الإبانة: هذا إذا باعه لقضاء دين الميت وتنفيذ وصاياه، وأما لو كان المبيع لما يحتاج إليه صغار الورثة من النفقة والمؤنة فليس لهم استرجاع ذلك؛ لأنهم كالبائعين لها بأنفسهم. (ديباج). وهو ظاهر الأزهار في الوصايا.

[٢] يعني: فأما عند الناصر والمؤيد بالله فلهم الخيار بين الأخذ بالشفعة أو بالأولوية. (بستان).

[٣] بين أخذه بالشفعة أو بالأولوية.اهـ وهكذا فيمن أوصى ببيع شيء من ماله ويحج عنه بثمنه، أو يتصدق به عنه، فللوارث أخذه بالأولوية.

[٤] ما لم يرض أو يأذن. (قرير). وله الرجوع عن الإذن قبل البيع من الوصي. (قرير).

=

والدليل عليها السنة والإجماع.

= ومنها: أن الأخذ بها أقدم من الأخذ بالشفعة مطلقاً، يعني: ولو كانت للخليط. ومنها: أن حقها يبطل بالإبطال قبل البيع. ومنها: أنها تثبت مع فساد البيع. ومنها: أن حقها يبطل بالموت فلا تورث، ذكره بعضهم. وقيل: تورث[١]. ومنها: أنها تؤخذ بالقيمة لا بالثمن ولو دفع فيه أكثر، إلا حيث يكون الدين أكثر من التركة وجب الزائد[٢]. ومنها: أن حقها بين الورثة على قدر الأنصباء لا على عدد الرؤوس إذا طلبوها الكل، فإن طلبها البعض فقال الفقيه يحيى البحيبح: لا يأخذ إلا حصته[٣]. وقال أبو مضر: بل يخير بين أخذ حصته أو الكل. قيل: ومبنى الخلاف هل المال باق على ملك الميت فيأخذ الطالب كله، أو قد ملكه الورثة فلا يأخذ إلا حصته. وفي الأخذ بالشفعة عكس هذه الأحكام، ويتفقان في أن المشتري إذا أخرج المبيع عن ملكه كان للورثة وللشفيع نقضه وأخذه. (بيان).

(*) وقد نظم بعضهم الفرق بين الأولوية والشفعة، وهي من وجوه سبعة، وهي هذه:

وبين الشفعة والأولوية فرق ... من وجوه يا صاح سبعة
مع تراخ تؤخذ وتقديمها ... وفساد بيع فكن ذا همة
وتبطل بالموت وتورث ... وبالإبطال وتؤخذ بالقيمة
وبين الورثة على الأنصباء ... فخذها منحت بكل كرامة

---

[١] قال في الغيث: تورث كالشفعة، بل هي أقوى.

[٢] أما لو كانت القيمة أكثر مما بذل فيه من الثمن، وكان الوفاء يحصل بها لا بالثمن، فهل يكون الوارث أولى بالعين بالثمن؟ الأقرب أن له ذلك، ما لم يرض الغريم بأخذها بالقيمة، فيجبر الوارث حينئذٍ. (شرح بهران).

[*] فلو لم يدفع فيه أكثر، بل طلب الغرماء أخذه بالدين كله أو بأكثر من قيمته، وطلب الوارث أخذه بقيمته - فقال الفقيه يحيى البحيبح: إن الغرماء أولى[٠]؛ لأن في أخذهم له كذلك حقاً للميت، وهو براءته من الدين. (بيان).

[٠] حيث[أ] لا تركة غيره، أو تركة لا تباع. (تذكرة معنى). أو حيث يحصل التراخي على الغرماء في بيع شيء من التركة. (قرير)].

[أ] هذه مذهبة في نسخة وفي هامش البيان.

[٣] لأنه لا أولوية له في أخذ حصة شريكه.

[*] والباقي بالشفعة إذا كان لهم سبب غير هذا المبيع [لا هو؛ لأنه ميراث فلا شفعة به. (قرير)]. وقيل: ولو هذا على اختيار قول أبي مضر: إن لهم في التركة ملكاً ضعيفاً.

أما السنة: فقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((الشفعة في كل شيء))، وقوله: ((الشريك[(١)] شفيع)) إلى غير ذلك.

والإجماع ظاهر إلا عن الأصم[(٢)].

واختلف العلماء هل هي واردة على القياس[(٣)] أو لا، ففي شرح الإبانة: عند عامة الفقهاء أنها واردة على غير القياس[(٤)]؛ لأنها تؤخذ[(٥)] كرهاً، ولأن الأذية لا تدفع عن واحد بضرر آخر.

قال في الانتصار: وهذا هو المختار، وهو قول الناصرية. والظاهر من مذهب

---

(١) وأما كونها على الفور فمن السنة قوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((الشفعة كالوثبة))، وقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((الشفعة كنشطة عقال البعير))[١]. وقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((الجار أحق بصقبه)) إلى غير ذلك من الأحاديث.

(٢) وجابر بن زيد. قلنا: إن صحت الرواية عنهما فهما محجوجان بالإجماع قبلهما وبعدهما. (شرح بهران).

(*) وابن علية من النواصب.

(٣) **قوي**. واختاره في البحر.

(*) وفي معيار النجري: هي ثابتة استحساناً بالقياس الخفي؛ إذ هي لدفع الضرر، وهو مراد من قال: إنها موافقة للقياس. وهي مخالفة للقياس الجلي؛ إذ هي أخذ مال الغير بغير رضاه، وهو مراد من قال: إنها مخالفة للقياس. (نجري بلفظه).

(٤) الجلي.

(*) وهو المذهب، كما في كتب أصول الفقه، ونظائرها واردة على خلافه. (معيار نجري).

(٥) **مسألة**: ووجه شرعيتها المحافظة على حق الشريك والجار، مع رعاية حق البائع والمشتري؛ حيث نفذ عقدهما ووفر على المشتري بدل المبيع، وهو الثمن، وباعتبار ذلك رجح علة القياس الخفي على علة القياس الجلي، وهو كونها أخذ حق الغير كرهاً. (معيار نجري بلفظه).

---

[١] تمامه: ((إن قيدت تقيدت، وإلا فاللوم على من ترك)). صقب الدار أي: قربه، والسقب بالسين والصاد.اهـ سقبت الدار وأصقبت: قربت، ذكره في مختصر النهاية.

العترة أنها واردة على القياس[(١)]، وهو رأي الحنفية.

قال الفقيه محمد بن سليمان: ولها نظائر[(٢)]، كأخذ[(٣)] سلعة المفلس[(٤)]، وبيع ماله ومال المتمرد لقضاء دينه، ونفقة الزوجة[(٥)].

---

(١) الخفي.

(*) وقواه في البحر، واختاره سيدنا عامر الذماري.

(٢) يعني: ولأخذها كرهاً نظائر.

(٣) قد يقال: ليست هذه الأشياء نظائر للشفعة؛ لأن بيع مال المفلس والمتمرد بعوض قد أخذه واستهلكه، ونفقة الزوجة لاستحقاقه بضعها، بخلاف الشفعة.

(٤) وكالفسخ بالعيب والغرر ونحوهما مما شرع للحاجة إليها، كالبيع والإجارة[١]. (معيار).

(٥) والقسمة. (زهور).

(*) في الحاجة.

---

[١] لم نجد هذا في المعيار. ولفظ البحر: القاسمية وأبو حنيفة وأصحابه: وهي موافقة للقياس؛ للحاجة إليها كالبيع والإجارة. الناصرية والإمام يحيى: بل مخالفة للأصول؛ إذ المشتري معها على غير ثقة من استقرار الملك، فخالفت قوله تعالى: ﴿عَنْ تَرَاضٍ﴾ [النساء٢٩]، وقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((لا يحل مال امرئ مسلم...)) الخبر ونحوه. قلت: عمومات خصصها القياس على أصول أخر، كالفسخ بالعيب والغرر ونحوهما مما شرع لدفع الضرر، فلم تخالف كل الأصول كما ترى.

(فصل): [في بيان ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب فيه، ومن تجب له الشفعة ومن لا تجب له، ومسائل تخلل في ذلك]

(تجب[(١)]) الشفعة **(في كل عين[(٢)] ملكت بعقد صحيح[(٣)] بعوض**

....

(١) أي: تثبت. (فتح).

(٢) **فرع**: ولذلك تثبت في المنقول وغيره؛ لعموم الحق، ولم تثبت في عقود التبرعات؛ لعدم البدل، ولا فيما عوضه غير مال؛ لذلك، ولا فيما جهل ثمنه؛ لتعذر تسليمه، ولا في البيع الفاسد؛ إذ لم يملك بالثمن، ولا لمعسر؛ لعدم تمكنه من البدل. (معيار النجري بلفظه).

(*) إلا الدراهم والدنانير إذا باعها فلا يشفع الشريك؛ لأنها لا تملك بالعقد[١]، بل يصح إبدالها. اهـ والمختار ثبوتها، وقرره المتوكل على الله.

(*) أخرج الدين.

(٣) قال الهادي عليه السلام في الأحكام: وعندي أن المناقلة[٢] أرض بأرض كالمبايعة يصح عقدها، والشفعة فيها[٣]. (قرير).

(*) ظاهره ولو كان موقوفاً[٤] قبل انبرامه. وفي الكواكب: لا حق له، وإنما الحق للبائع[٥]، ويكون كما سيأتي في الفاسد قبل القبض. ولعله يؤخذ من قوله: «ملكت»، فلا ملك قبل الإجازة، وفيه تأمل. اهـ وجه التأمل أن الإجازة تكشف ملكه من يوم العقد، بخلاف الفاسد فلا يملك إلا بالقبض. اهـ وعن الشامي: لا تصح قبل الإجازة. كالخيار للبائع أو لهما. (قرير).

---

[١] ولأنها لا تتعين.

[٢] إذا أفادت الملك عرفاً أو حصل فيها لفظ البيع. (قرير). وتلزم القيمة، يعني: قيمة ما قابلها. (قرير).

[٣] ولفظ الأحكام: والمناقلة عندي كالمبايعة الأرض بالأرض، واشتراء النخل بالنخل، والدار بالدار لا فرق بينهما عندي، ولا اختلاف بينهما في رأيي. (بلفظه) (قرير). إذا كان بلفظ البيع، أو جرى عرف بأن ذلك يفيد الملك. (قرير). وتلزم القيمة، يعني: قيمة ما قابلها. (قرير).

[٤] ولفظ البيان: **مسألة**: من اشترى لغيره شيئاً وقام فيه شفيع - فإن كان المشتري فضولياً فالطلب إلى المشترى له بعد إجازته. (بلفظه).

[٥] كلام الكواكب في الشفعة بالموقوف لا في الشفعة فيه، ولفظها: وهكذا في المبيع الموقوف إذا بيع شيء بجنبه قبل الإجارة فيه فالشفعة لمالكه بشرط أن يقع الحكم أو التراضي قبل الإجازة.

=

معلوم[١] **مال، على أي صفة كانت)** قال عَلَيْتَكِلاً: فقلنا «في كل عين» احتراز من الحقوق[٢] والمنافع[٣] فإنه لا شفع في ذلك.

(*) والعبرة بمذهب البيعين، لا بمذهب الشفيع، فلو كان مذهب الشفيع الفساد ومذهب البيعين الصحة كان له أن يشفع، فافهم. فإن اختلف مذهب البيعين فبمذهب المشتري. وقيل: لا شفعة مع اختلاف مذهب المتبايعين. (قرير). [هلا قيل: يترافع الشفيع والمشتري إلى الحاكم، وما حكم به نفذ، ولعله أولى. (سماع سيدنا علي رحمه الله)].

(١) مظهر. (قرير).

(٢) على القول بصحة بيعها، وهو قول الشافعي وأبي يوسف ومحمد. (بيان). بل يستقيم عندنا، وذلك حيث يدخل تبعاً، وشفع بالحق؛ لأن ملكه يعتد من المبيع.

(*) ومثال ذلك: أن يبيع أرضاً ولها حق الاستطراق في الأخرى فليس لذي الأرض الذي فيها الحق أن يشفع هذا الحق.اهـ [أو على القول بصحة بيع الحقوق.اهـ وهو قول الشافعي وأبي يوسف ومحمد].

(*) ليخرج الدين، فلو أمهر زوجتيه عبداً في الذمة، ثم اشترى نصفه من إحداهما -لم تشفع الأخرى بحصتها فيه. أو خالعهما على عبد في ذمتيهما، ثم باع من إحداهما ما عليها -لم تشفع الأخرى فيه. (حاشية سحولي لفظاً) (قرير).

(*) قيل: وصورته: أن ينذر شخص على رجلين بعبد في الذمة، ثم إن أحد المنذور عليهما باع ممن نذر عليه فشفع المنذور عليه المشتري فإنه لا يصح. (منقولة عن محمد بن موسى الذماري).

(*) عند من أجاز بيعها، أو يكون المراد حيث بيع بعضها إلى من عليه الدين، نحو أن يتزوج امرأتين على عبد في الذمة فباعت إحداهما نصفه، فليس للأخرى الشفعة. (قرير).

(٣) نحو أن تكون دار بين اثنين فيؤجر أحدهما حصته فإنه لا شفعة للآخر[١].

(*) ومن الدين أيضاً، فإذا بعت نصيبك من الدين لم يكن للشريك في الدين أن يشفعك. وصورته: أن ينذر شخص على رجلين بعبد في الذمة، ثم إن أحد المنذور عليهما باع حصته من الناذر فشفع الآخر فإن الشفعة لا تثبت.

---

[١] بالإجماع.

وقلنا: «ملكت» احتراز من العارية والإباحة(١).

وقلنا: «بعقد(٢)» ليخرج الميراث، والإقرار(٣)، وما ملك بالقسمة(٤) فإنه لا شفعة فيه ولو قلنا: إن القسمة بيع.

وقلنا: «صحيح» ليخرج ما ملك بعقد فاسد فإنه لا شفعة فيه(٥). وأحد قولي المنصور بالله: **تجب فيه الشفعة**(٦) بالقيمة.

وقلنا: «بعوض»(٧) احتراز من الهبة(٨) والصدقة(٩) بغير عوض فإنه لا

---

(١) والرهن.

(*) والوديعة، فليس للشريك أن يقول: أنا أستودعها أو أستعيرها بالشفعة. (نجري).

(٢) في غير المحقر. (قرير).

(٣) والنذر. (قرير).

(*) والوصية والنذر. (قرير).

(*) وكذا ما تملك بالإحياء والتحجر والغنيمة. (قرير).

(٤) وكذا ما ملك بالشفعة؛ لأنه يؤدي إلى التسلسل. (قرير).

(*) ولو أتى بلفظ البيع. (قرير).

(*) **فائدة**: إذا حصل في القسمة لفظ تمليك من دون قرعة كان بيعاً، وتثبت الشفعة، فإن وقع التمليك بعد القرعة فالتمليك لغو، ولم تثبت الشفعة، ذكر ذلك في البحر والغيث والزهور وشرح الأثمار. وقيل: ولو تمالكا على الأصح. (سماع) (قرير). وسيأتي في القسمة في شرح قوله: «كالبيع». (سيدنا حسن بن أحمد الشبيبي رحمه الله).

(٥) إلا أن يحكم حاكم بصحته.اهـ كما سيأتي في شرح قوله: «إلا لأمر فارتفع». (قرير).

(*) بخلاف الأولوية فإنها تصح مع فساد العقد. (قرير).

(*) لأنه معرض للفسخ، ولأن اللازم فيه القيمة.

(٦) وهو قوي؛ لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((الشفعة في كل شيء)) ولم يفصل.

(٧) مظهر، احتراز من العوض المضمر في الهبة ونحوها. (كواكب) (قرير).

(٨) فإن كانت الهبة والصدقة على عوض معلوم مال مُظْهَر ثبتت الشفعة فيها. (قرير). وكذا النذر على عوض معلوم. (هامش بيان) (قرير).

(٩) **مسألة**: وإذا أضمر العوض في الهبة ونحوها عند العقد ولم يفسر لم تثبت الشفعة، فإن فسر من بعد فظاهر كلام ابن مظفر أنها لا تثبت، وقد ذكره الفقيه محمد بن يحيى، وروي

=

شفعة فيهما(١) عندنا.

وقلنا: «معلوم» يحترز مما ملك بعوض مجهول، كالصلح بمعلوم عن المجهول(٢). وعن المنصور بالله: أنه يشفع فيه بالقيمة.

وقلنا: «مال» يحترز مما ملك بعوض غير مال، كعوض الخلع، والمهر، والصلح عن دم العمد(٣)، ....

عن حي والدنا القاضي أحمد بن محمد حابس أنها تثبت. (مقصد حسن).

(١) خلاف ابن أبي ليلى، فقال: يشفع بالقيمة، وخلاف مالك في الهبة لا في الصدقة.اهـ قلنا: لا فرق.

(٢) لا ما اشتري بعوض مجهول كالجزاف، ومنه ما صار يجري في المبيعات والمعاملات من أن يصحب الثمن المعلوم مال مجهول صبرة كشيء من حب كحلبة مثلاً، ولم يعلم قدرها، بل تلفت أو بعضها بعد العقد فإنها تبطل، وهذه الحيلة ونحوها كأن ينذر البائع[١] بجزء من المبيع أولاً ليكون المشتري خليطاً لتبطل شفعة من عداه، كما ذكره في البحر من أنها تجوز الحيلة لإسقاطها حيث قال: قلت: ولا حرج في تجنب ما يلزم معه حق، كتجنب ملك النصاب لئلا تجب معه الزكاة ونحو ذلك، إلى آخر ما ذكره عليه السلام، وهو الذي صار عليه أهل زماننا وحكام أئمتنا وقرره علماؤنا. (شرح فتح).

(*) وذلك لأنه كالبيع الفاسد وقد مر.

(*) هذا على القول بصحة ذلك الصلح، والمذهب أنه لا يصح[٢]؛ لأنه بيع، وبيع المجهول لا يصح.

(٣) لا عن الدية، أو عن ما يستحق إن قلنا[٣]: هي أصل أيضاً. (شرح بحر، وبيان). فأما لو صالح عن الدية ثبتت الشفعة فيه.اهـ قال الفقيه علي: ويسلم الشفيع قيمة أيِّ الأصناف شاء[٤]. وقال الفقيه حسن: بل الدراهم أو الدنانير فقط، وكذا أيضاً فيما صولح به عن أرش جناية معلوم فيأخذه الشفيع بالأرش، ولو هو حكومة. (بيان) (قرير).

---

[١] أو بأن يبيع منه الأرض أو نحوها مع استثناء جزء معلوم وإن قل من الملاصق للجار، ثم بعد البيع ينذر على المشتري بذلك الجزء الملاصق. (حاشية سحولي) (قرير).

[٢] حيث هو بمعنى البيع.

[٣] والمختار أنهما أصلان، فعلى هذا لا يصح أن يصالح عما يستحق.

[٤] لأن الواجب في القيمي قيمته، إلا إذا صار القيمي إلى الشفيع وجب دفعه كما يأتي.

=

وعوض المستأجر(١)، فالصحيح للمذهب أنه لا شفعة في هذه الأشياء. وقال الشافعي: تجب الشفعة في الجميع.

وقلنا: «على أي صفة كانت» يعني: سواء كانت العين تحتمل القسمة أم لا، منقول أم غير منقول، طعام(٢) ....

(*) لا إذا صالح عن الدية وأطلق فتثبت الشفعة، ويدفع الشفيع أي أنواع الدية شاء، يعني: قيمتها؛ إذ تجب قيمة القيميات. (قرير).

(*) أو عن القود أو القتل. (شرح بحر).

(١) وقال أبو طالب: أو بمنفعة. يعني: أو يكون العوض منفعة فإنها لا تبطل الشفعة، بل تصح ويسلم أجرة المثل، كأن يؤجر نصف أرض بدار للغير فيها شفعة، فإن لجار الدار مثلاً أن يشفعها[١] ويسلم نصف أجرة المثل للأرض؛ لأن المشفوع فيه مال قد كملت شروطه، والمشفوع به مال في التحقيق، كما لو اشترى أرضاً بثوب سلم قيمة الثوب، لا هو بعينه، فكذا يسلم قيمة المنفعة، وهي مال، فعرفت قوة قول أبي طالب، وقد قواه الفقيه يحيى البحيبح[٢]. (شرح فتح).

(*) وصورة ذلك: أن يؤجر داراً سنة بأرض معلومة فلا شفعة في الأرض عندنا. (بستان). وقال أبو طالب: تثبت الشفعة قوي في الأرض بأجرة المثل. (بيان).

(*) والمختار ثبوت قوي الشفعة؛ لأن المنافع مال، ذكره في البيان، فيشفع بالأجرة، يعني: أجرة المثل، وقواه الفقيه يحيى البحيبح. (بيان).

(*) **فائدة**: سئل سيدنا إبراهيم السحولي عمن أوصى بموضع معين عن حجة الإسلام، فاستأجر الوصي حاجاً يحج عن ذلك الميت بذلك الموضع، ثم شفع الشفيع ذلك؟ أجاب سيدنا أن الشفعة لا تثبت. (قرير). وعن التهامي: تثبت بالأجرة.

(٢) وذلك كأن يكونا شريكين في أصل طعام، كالزرع ونحوه، لا لو أخذا طعاماً ثم خلطا فلا شفعة.اهـ كجوار الشجرة، والبناء، ونحوه. اهـ يحقق؛ لأنهما قد صارا شريكين للالتباس[٣]. (شامي) و(قرير).

---

[١] وقال الفقيه يحيى البحيبح: لا شفعة. وهو مبني على أن المنافع ليست بمال.

[٢] لكن قال الفقيه يحيى البحيبح: لا تثبت الشفعة فيها عنده إلا بعد مضي مدة الإجارة. (بستان). قيل: ووجه ما شكل عليه أن قد ملكه بنفس العقد.

[٣] كما لو اختلط القيمي بالقيمي صار مشتركاً، فتثبت الشفعة. (مفتي). ومثله عن الشامي، واختاره المتوكل على الله عليه السلام، وهو ظاهر الأزهار. (قرير).

أم غير[١] طعام.

وقال الشافعي: لا شفعة فيما لا ينقسم[٢].

وعن زيد بن علي وأبي حنيفة والشافعي: لا شفعة في المنقولات. وعن المنصور بالله: لا شفعة في المكيلات[٣] والموزونات. فحمله الأمير علي والشيخ عطية على أن المراد إذا لم يكن الحب في مدفن والسمن في زق، فإن كان كذلك وجبت فيه الشفعة عند المنصور بالله.

ولما فرغ عليه السلام من بيان ما تجب فيه الشفعة بيّن من تجب له فقال: تجب **(لكل شريك[٤])** سواء كان آدمياً أم غيره، كمسجد[٥] ونحوه[٦]، وسواء كان الآدمي مؤمناً أم فاسقاً أم كافراً[٧]، صغيراً أم كبيراً.

وقال الناصر: لا شفعة لفاسق إلا أن يكون خليطاً[٨].

---

(١) **فائدة**: إذا كان حب في مدفن وضعه اثنان لكل واحد قدر معلوم، ثم باع أحدهما حصته - ثبت للآخر الشفعة؛ لأنه لا يمكن تمييز بعضه من بعض. (مفتي) (قرير).

(٢) إذ لا ضرر فيه كضرر ما ينقسم. قلنا: لا نسلم، بل الضرر فيه أعظم. (شرح أثمار). قال السيد الجلال في ضوء النهار: وما أظن مثل هذا يصح عن الشافعي رحمه الله لكمال حذقه، وعدم المستند له من نقل صحيح في ذلك. (انتهى بلفظه وحروفه).

(٣) لأنه لا ضرر في قسمتها؛ لأن قسمتها إفراز. (مذاكرة).

(٤) ولو حملاً. (قرير). ويطلبها له وليه.

(*) ينظر هل لقوله: «لكل شريك» مزيد فائدة على ما لو قال: لكل مالك؟ (حاشية سحولي).

(٥) يعني: ملكه، لا الموقوف عليه. ووصية العوام وقف على الأصح. (قرير).

(٦) وهي الطريق، فيشفع بملكها.

(*) كالطرقات والمشاهد ونحوها، والمراد أن السبب ملك للمسجد ونحوه، كأن يشتريه ذو الولاية، لا فيما كان وقفاً عليه فلا يستحق الشفعة به.

(٧) هذا مطلق مقيد بما يأتي.

(*) في خططهم على بعضهم البعض، كما يأتي. (قرير).

(٨) قلنا: لم يفصل الدليل، كما لو ورث[١].

---

[١] لفظ البحر: قلنا: لم يفصل الدليل، وفسقه لا يوجب قطع حقه، كالميراث ونحوه.

قال أبو جعفر: وشريك الطريق كالخليط.

وقال الفقيه علي: لا شفعة بأرض المسجد؛ لأن المالك هو الله تعالى، وهو لا يتضرر[(١)].

وقوله: **(مالك)**[(٢)] يحترز من ثلاثة أشياء:

أحدها: أرض بيت المال[(٣)] فليس للإمام أن يشفع بها[(٤)].

الثاني: الموقوف عليه فلا يستحق الشفعة بالأرض الموقوفة عليه.

---

(١) قلنا: المصلحة للمسلمين، فالضرر عليهم. (بحر). [ولنا قوله ÷: ((الشريك أحق بصقبه)). (بحر)].

(*) وكذا غير الوقف ملك لله تعالى؛ لقوله تعالى: ﴿إِنَّ الْأَرْضَ لِلَّهِ يُورِثُهَا مَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ﴾ [الأعراف١٢٨]، ولكن الوقف إذا كان متوقفاً له ما يريد الشفعة وجب له ذلك. فإن قيل: فهلا يصير ما شفع به الوقف وقفاً؟ قلنا: لا، بل يصير من جملة غلة الوقف؛ لأنه من فوائده، والله أعلم. (من جوابات القاسم بن محمد عليلم).

(٢) ويجب على ولي الصغير والحمل والمجنون طلبها تحرياً للمصلحة وإلا أثم، لأن ذلك ضرر، وإن كان لا يجب الشراء للصغير ونحوه؛ لأنه كسب، وجلبه [وجلب (نخ)] مصلحة فقط. (غاية). ومثله في البيان.

(*) **مسألة**: القاسمية: والوارث غير خليفة؛ فلا شفعة له. (قرر). إذا بيع شقص من تركة مستغرقة إلا بعد الإيفاء أو الإبراء كما مر في البيوع. (بحر). صوابه: إذا بيع إلى جنبه شقص في تركته، وأما ظاهر كلام الكتاب فلا يستقيم؛ إذ له أخذه بالأولوية.اهـ مثاله: أن يكون للميت المستغرقة تركته بعض دار أو أرض مشاع فباع شريكه البعض الآخر، فإنه لا شفعة في المبيع لوارث الميت؛ إذ لا ملك له يشفع به؛ لأنه غير خليفة. (شرح بحر). وقد تقدم تحقيقه في البيع في قوله: «لا الشراء من وارث مستغرق باع.. إلخ».

(٣) إلا ما اشتراه له ذو الولاية فله أن يشفع به، ذكره الإمام يحيى. (بيان معنى). وقيل: لا فرق؛ لأن الشراء هنا لغير معين، بخلاف المسجد فهو كالآدمي المعين. (قرر). [ولفظ البيان: وقال السيد يحيى بن الحسين: تثبت للمسجد لا لبيت المال].

(٤) ولو اشتراها الإمام.اهـ لا فيها فتثبت الشفعة. (بيان معنى) (قرر).

الثالث: المستأجر[(١)] والمستعار فإنه لا شفعة بهما.

وإنما يستحق الشفعة المالك **(في الأصل[(٢)])** يحترز ممن هو مالك[(٣)] للحق لا الأصل فإنه لا شفعة بالحق[(٤)].

وقال في حواشي المهذب[(٥)]: الظاهر من مذهب الأئمة ثبوت الشفعة بالحقوق. وقواه الفقيهان محمد بن سليمان ومحمد بن يحيى[(٦)].

---

(١) قال في الغيث: فإن قلت: قد حصلت هذه الاحترازات بقولك: «في كل عين ملكت»، فما وجه التكرار؟ قلت: ذلك قيد للمشفوع فيه، وهو هنا قيد للمشفوع به، وهو السبب، فظهر الفرق.

(٢) لأنه مشارك في كل جزء.

(*) وإذا كانت الشركة في الأحجار والأخشاب المعمور بها ثبتت الشفعة ولو لم تكن العرصة مملوكة، كأن تكون وقفاً ونحوه، كذا عن المفتي، وهو جار على القواعد؛ لحصول الاشتراك. (من خط سيدنا حسن رحمه الله) (قرر).

(*) إنما قدمت لقوتها وإجماع العلماء عليها؛ ولأن الشفعة موضوعة لدفع الضرر، والضرر فيها أكثر. (بستان).

(*) وهو الخليط. (حاشية سحولي). قبل القسمة، وأما بعدها فقد صار جاراً، ذكره النجري. (شرح هداية).

(٣) مجاز.

(*) ليس بمالك، فيقال: صوابه: ممن هو مستحق للحق.

(٤) ذكر ذلك في تعليق الإفادة والمنصور بالله وابن معرف. (كواكب).

(٥) مهذب المنصور بالله.

(٦) وقال الفقيه يحيى البحيبح: إنما تستحق بالحق إذا كان مستقلاً[١]، كأن يجري الماء في أرض مباحة إلى أرضه، ثم يحيي الغير جنب موضع جري الماء، فإنه يثبت لصاحب المجرى الشفعة بمجاورة النهر للأرض، وتثبت الشفعة بالشركة بين أهل المجرى. وأما إذا كان حقاً محضاً[٢] فإنه لا يثبت فيه ولا به شفعة، نحو: أن يوصي رجل لغيره بمرور الماء، أو يبيع ويستثني مرور الماء. (زهور).

---

[١] لا فرق وإن كان مستقبلاً أو مضافاً إلى ملك الغير.

[٢] وفي الكواكب: إن كان الحق مضافاً إلى ملك الغير الخ.

(ثم) تجب للشريك(١) في **(الشرب(٢))** والشرب: بكسر الشين **(ثم**

---

(١) **مسألة**: وإذا كانت أرض بين شريكين لأحدهما المدفر وللآخر الموقر، ولها نهر يسقيها الكل - فالشفعة ثابتة بينهما؛ لاشتراكهما في أصل النهر، ولا يكون صاحب الموقر[١] كصاحب الصبابة، إلا إذا كان الماء ينصب إليها من موضع حق لها ولا يجري في ساقية ملك لهما فلا شفعة به، إلا على قول من أثبت الشفعة بالحق فتثبت لصاحب الموقر في المدفر. (بيان بلفظه). أما شفعة صاحب الموقر للمدفر إذا بيع فلا إشكال؛ لاتصال الملك بالنهر، وأما إذا بيع الموقر ولم تكن الساقية متصلة به، وإنما يسقى الموقر موجاً من المدفر لم تثبت شفعة لصاحب المدفر إلا بالجوار لا غير؛ لعدم اتصاله بالنهر. (زهرة) والله أعلم. وقيل: لا يشترط الاتصال بالمبيع. (قرر). فتكون الشفعة بالشرب. (سماعاً) (قرر).

(٢) لأنه مشارك في المجرى وفي الجاري أيضاً. (كواكب). قال في المقصد الحسن: وفيه تسامح؛ لأن ذلك إنما يستقيم في ماء السيل والغدران التي لا تملك بالنقل، وأما فيما ينقل كماء الآبار فلا شك أن الذي نقله يملكه بالنقل، ولا يشاركه غيره فيه، فلا مشاركة حينئذٍ في الجاري، على أنك لا ترى في تصويرهم للشرب إلا ما هو من مسيل أو غدير، كما مر في الصور المتقدمة، اللهم إلا أن يقال: إن المراد الاشتراك في أصل الجاري استقام كما هو المصرح به في التعبير المتقدم، لكن لو فرضنا اشتراكهم في المجرى ولا شركة لهم في أصل الماء أصلاً، بل كل واحد يجري فيه ما له من غدير آخر أو بئر أخرى، أو يأخذه بالشراء أو بالإباحة أو نحو ذلك، وفي هذا لا شركة إلا في المجرى فقط، فبماذا تكون الشفعة؟ الظاهر أن الشفعة في هذه الصورة في منزلة الشفعة بالطريق، فيستوي من له تلك الشركة في ذلك المجرى ومن له شركة في الطريق، فتأمل. (مقصد حسن).

(*) **مسألة**[٢]: وإذا كان الماء يسقى به صُبَابة[٣] الأعلى ثم من تحته ثم كذلك فلا شفعة به؛ لعدم الاشتراك في المجرى. (بيان). وظاهر الكتاب والتذكرة ومثله في البيان أنه لا يشترط. (قرر).

---

[١] هذا ذكره الفقيه يوسف في الزهور، قال فيه: فلا يضر كون صاحب المدغر يتقدم في الشرب؛ لأنه ليس له أن يعقم على نصيبه، ففارق أهل الصبابة. (زهور).

[٢] هذه المسألة مذهبة في البيان.

[٣] بالضم. (قاموس).

=

الطريق[١]**، ثم الجار الملاصق**[٢]**)** فالشفعة تستحق بأي هذه الأسباب على الترتيب، فلا شفعة للشريك في الشرب مع الشريك في الأصل، ولا للشريك في الطريق مع الشريك في الشرب، ولا للجار مع الشريك في الطريق.

ولا خامس لهذه الأربعة[٣] عندنا. وظاهر كلام الناصر[٤] والمؤيد بالله أنها

(*) وقدم الشريك في الشرب لأنه مشارك في الجاري والمجرى [أي: المقر] أيضاً، وهو الماء، فكانت مشاركته أقوى من مشاركة الشريك في الطريق؛ لأن مشاركته في مسلك الطريق فقط. (كواكب). وإنما وجب الترتيب أما الخلطة فقدمت للإجماع عليها، وأما الشريك في الشرب فلما مر في الحاشية، وأما الطريق فلأن الضرر فيها أكثر من الضرر في الجوار، وهي شرعت لأجله، ولذلك قدم الخليط، ثم شريك الشرب. (بحر).

(١) ما يقال في الطريق التي في أعرام الأملاك وليس لصاحبها منع المار، هل تمنع الشفعة بين الأعلى والأسفل مع اتصال الطريق، ولو أنه خرب العرم لزم صاحب المال إصلاحه، أم حكم ذلك حكم سائر الطرق النافذة؟ الظاهر أن الملك لصاحب الأرض، وللمار حق فقط، فلا يمنع الشفعة للجار ونحوه، ويستحق بها الشفعة في بيع مجاورتها. (من جوابات عبدالله الصعيتري) (قرر).

(*) لأنه مشارك في أجزاء كثيرة.

(٢) ووجهه: أنه مشارك له في جزء رقيق فكأنه خليط، إلا أنه لما كانت الخلطة في جزء يسير غير مقصود أخر عن الأسباب المتقدمة وإن كان في التحقيق خليطاً.اهـ يقال: إنما الخلطة في الجزء الذي لا ينقسم، وما بعده إنما هو بالجوار، فكان يلزم ألا تثبت، وظاهر المذهب ثبوتها مطلقاً. والأولى في ثبوتها للجار عموم الأدلة، نحو قوله ﷺ: ((الشفعة للجار، والجار أحق بصقبه)) ولا يحتاج إلى التعليل بالجزء المشترك. (شامي). وعن سيدنا إبراهيم حثيث: لا تتصور شفعة بالجوار؛ لأن الجزء المشترك إن كان مخلوطاً فهو خلطة لا جوار، وإن لم يكن كذلك بل يكون متميزاً فلا شفعة أصلاً؛ لعدم الاشتراك، فيحقق. ومثل ما ذكره في الوابل لابن حميد. (بلفظه عنه، لعله من خط سيدنا محمد بن صلاح الفلكي رحمه الله).

(٣) إلا الأولوية.

(٤) قال الإمام يحيى: وهذه المسألة حكاها أصحابنا للناصر، ولم أجدها في كتبه مع شدة بحثي عن مسائله، ولا حكاها الشيخ أبو جعفر، وهو من أعظم المحصلين لمذهبه.

تستحق بالميراث[١]. وعند الشافعي لا شفعة إلا بالخلطة.

وصورة الشركة في الشرب أن يكونوا مشتركين[٢] في نهر[٣] أو سيح[٤] كالسوائل العظمى[٥] وأصباب الجبال[٦] المهريقة إلى الأموال، فهذا هو الذي يستحق به الشفعة.

وأما صورة الاشتراك في الطريق[٧] التي توجب الشفعة فذلك حيث تكون

---

(١) **مسألة:** ولا شفعة بالإرث، خلاف الناصر والمؤيد بالله فأثبتا الشفعة للوارث. قال أبو مضر: وهو أقدم من الخليط عندهما. قال الفقيه علي: ولو باع الموروث حال حياته فلمن يرثه أن يشفعه. وقال الفقيه يوسف: بل المراد فيما باعه الوصي بعد موت الموروث فلوارثه الشفعة فيه، فيكون مخيراً بين أخذه بالشفعة أو بالأولوية، وهو ظاهر اللمع. (بيان).

(٢) أي: مالكين.

(٣) ظاهر الأزهار والتذكرة والبيان: أنه لا يشترط أن يكون المجرى ملكاً متصلاً بالمبيع في الغيل والسيل، وهو القوي والظاهر من المذهب، واشترطه في البحر والهداية مطلقاً، سيلاً أو غيلاً.

(٤) وذلك حيث يكونون مالكين لأصل النهر أو قرار السوائل العظمى، لا إذا كانوا مستحقين لها فقط.اهـ وأما الاشتراك في الصبابات حيث سبق بعضهم بعضاً بالإحياء عليها، وكذا إذا كان مرور الماء في حق غير مستقل، بل مضاف [وصورته: أن يوصي رجل لغيره بمرور الماء، أو يبيع ويستثني مرور الماء. (قرير)]- فلا شفعة بهذا الشرب بين أهل النهر ولا بين أهل الأرض والنهر. (نجري) (قرير).

(٥) حيث فعلوا فيها ما يوجب الملك.

(٦) ولا عبرة بملك الماء، وإنما الاعتبار بالمجرى أو بمقر الماء[١]، فأما أهل الصبابة فلا شفعة بينهم إلا بالجوار. (صعيتري).

(٧) والمراد بالطريق: المملوك قرارها.اهـ لا مجرد المرور، كالسكك النافذة. (بستان).

---

[١] وقيل: لا بد من كون المجرى ملكاً مشتركاً؛ ليكون المبيع متصلاً بالمجرى. وظاهر الكتاب والتذكرة أنه لا يشترط. (قرير).

غير[١] مسبلة، بل مملوكة[٢] لأهل الاستطراق[٣].

وأما صورة الجوار التي يستحق بها الشفعة فنحو الجوار في عرصات[٤] الدور المتلاصقة[٥] ورقاب الأراضي، لا جوار الشجرة للأرض[٦]، والبناء

---

(١) كالطرق النافذة.

(٢) وصورة الشركة في الطريق: أن يشرياها معاً، أو يملكاها معاً بنذر أو أي وجوه التمليكات، ثم يتركا من ذلك المشترى طريقاً، لا لو ترك كل واحد من ملكه شيئاً فليس باشتراك في الطريق، وإنما هذا جوار فقط. (قرير).

(٣) كالطرق المنسدة، أو نافذة شرعت بين الأملاك. (قرير).

(٤) في القرار.

(*) وأما الجبل لو بنى عليه جاران فلا شفعة بينهما، إلا إذا كانوا قد أحيوا جميعاً ثم بنوا عليه. (قرير). والصحيح أنه لا فرق بين تقدم الإحياء وتأخره؛ إذ قد ملك كل واحد ما تحت عمارته، واتصل الملك بالملك، فحصل الجوار. اهـ وأما لو بقي فاصل لا ملك لهما فيه فلا جوار، ولا شفعة. (شامي). يقال: ما حكم جوار المدافن المحفورة المتلاصقة في الأرض، هل تثبت الشفعة فيما بيع منها للمجاور؟ لعله يقال: إن حفرت في أرض مملوكة ابتداء نظر: فإن كانت الأرض عن قسمة فالشفعة فيها بالجوار، وإن كانت الأرض باقية على الاشتراك فالشفعة فيها بالخلطة، ويكون ما نزل من عمقها بالحفر من الحقوق الداخلة في المبيع إن لم نقل بملك التخوم، وإن كانت محفورة ابتداء في مباح أو حقوق عامة فلا شفعة فيها؛ لعدم الاشتراك في السبب ولو تقاربت.

(٥) في القرار. (قرير).

(٦) ينظر لو باع رجل الثمرة إلى رجل ثم باع الشجرة إلى غيره، هل له أن يشفع الشجرة بذلك؟ القياس أن له أن يشفع؛ إذ بينهما جزء لا ينقسم. (قرير).

(*) ولفظ البيان: فرع: ولا شفعة بين مالك الأرض ومالك البناء أو الشجر الذي فيها، حيث ليس له ملك في قراره إلا على قول من أثبت الشفعة بالحق في الملك [الكل (نخ)]. (بيان).

للأرض(١)، والعلو(٢) والسفل(٣) مقيس عليهما، فإنه لا شفعة بهذا الجوار(٤).
(وإن ملكت(٥)) أسباب الشفعة **(بفاسد(٦))** صحت الشفعة ولم يضر كون

---

(١) **فائدة** منقولة من خط سيدنا إبراهيم حثيث: إذا كانت الأرض المبيعة أعلى من الأرض المشفوع بها -بأن كانت على حرة -أو العكس فلا شفعة بينهما بالجوار؛ إذ ليس بينهما جزء لا ينقسم، فأشبه مجاورة الأرض للشجرة. اهـ وفي حاشية السحولي ما لفظه: وتثبت الشفعة بين صاحب الأرض العليا والسفلى بالجوار. (من شرح قوله في الشركة: «والعرم للأعلى»).

(٢) **مسألة**: وتثبت الشفعة بين مالك العلو ومالك السفل بالطريق، وأما بالجوار فالأقرب أنه إن كان ثبوته بالقسمة ثبتت الشفعة به، وإن كان العلو محدثاً -نحو أن يكون لمالكه حق البناء على السفل، وبنى عليه- فلا شفعة بينهما بالجوار؛ إذ لا يشتركان في شيء، وفيه خلاف الفقيهين محمد بن سليمان ومحمد بن يحيى الذي مر[١]. (بيان بلفظه). والمراد بالعلو والسفل الذي لا تثبت به الشفعة نحو أن يبيع الدار ويستثني حق التعلية، أو ينذر عليه بها أو يهب له، أو نحو ذلك. (كواكب). وفي البيان: إلا أن يكون عن قسمة فإنه يستحق به الشفعة؛ لأنه يكون بينهما جزء لا ينقسم، والله أعلم.

(٣) إلا بالطريق[٢]. و(قرر). فتثبت للأعلى فيما باعه الأوسط دون الأسفل إلا أن يكون له منزل في علو البيت ثبتت للجميع.

(*) وقال ابن مظفر في البيان: إذا كان ثبوت الاشتراك في العلو والسفل بالقسمة ثبتت الشفعة وإلا فلا، ونظره المؤلف[٣] عليه السلام، لكن من أثبتها بالحق أثبتها في ذلك، وقد مر. (شرح فتح بلفظه).

(٤) ما لم يكن عن قسمة؛ لأن بينهما جزأ رقيقاً. (بيان) (قرر).

(٥) **مسألة**: إذا شفع الواهب بما وهب كان رجوعاً عن الهبة، ولا تصح الشفعة؛ لأنه ملك من حينه، وهو الأصح. (بيان). أما لو شفع بما كان قد أوصى به بعد موته فلا يبعد أن يكون رجوعاً عن الوصية، وتصح شفعته؛ لأنها باقية على ملكه قبل موته، وإنما تستقر بالموت. (قرر).

(٦) لا بمعاطاه فلا شفعة فيه، ولا به. ومعناه في البيان. (قرر).

---

[١] من أنها تثبت الشفعة بالحق.

[٢] وكذا عن قسمة. (قرر).

[٣] قال في الوابل: قال أيده الله: وفي الفرق نظر.

العقد فاسداً.

وعن القاسم والحقيني وأبي العباس: أنها لا تستحق به الشفعة؛ لأنه معرض للفسخ. واختلف الذين قالوا: تستحق به الشفعة هل يشترط أن يقع بيع المشفوع فيه بعد قبض السبب الذي ملكه بعقد فاسد أم لا يشترط؟

قال عليلاً: ظاهر كلام أصحابنا أن ذلك يشترط[١]؛ لأنهم يقولون: إنه لا يملك إلا بالقبض[٢].

وقال بعض المتأخرين[٣]: القياس أن ذلك لا يشترط؛ لأن القبض كاشف[٤] أن الملك حصل بالعقد. **(أو فسخ)** هذا السبب الذي ملكه بعقد فاسد فإن الشفعة لا تبطل ولو فسخ **(بحكم)**[٥] بعد أن شفع به، إذا وقع الفسخ **(بعد الحكم بها)**[٦] ذكره الفقيه يحيى البحيبح، ورواه الفقيه علي عن أبي

---

(١) أو وقع الحكم بصحة ذلك الفاسد ثم وقع بيع المشفوع فيه، ولو قبل قبض السبب. (حاشية سحولي) (قرير).

(٢) أو حكم حاكم بصحته. (قرير).

(*) بالإذن. (حاشية سحولي).

(٣) الفقيه يوسف. وقيل: الفقيه محمد بن يحيى.

(٤) فإن كان المبيع موقوفاً وبيع بجنبه شيء قبل الإجازة كانت الشفعة لمن استقر له الملك؛ لأنها منعطفة من يوم الإجازة إلى يوم العقد. و(قرير).

(*) يقال: الكشف لا يكون إلا في الموقوف. (مفتي).

(٥) فإن قلت: أليس الفسخ بالحكم يكون نقضاً للعقد من أصله حتى كأنه لم يكن، فهلا بطلت الشفعة؟ قلت: قد ذكر الفقيه علي أن القياس بطلانها لهذه العلة، والصحيح عندي ما ذكره الفقيه يحيى البحيبح وأبو مضر؛ وذلك لأن الحكم بالشفعة لا ينقض إلا بأمر قطعي، ومن الناس من لا يقول: إن فسخ الحاكم نقض للعقد من أصله، وهو الشافعي. (غيث بلفظه).

(*) أو تراض. (قرير).

(٦) أو بعد التسليم طوعاً. (حاشية سحولي). (قرير). وقيل: لا بالتراضي.

=

مضر. وإن تفاسخا(١) قبل الحكم بالشفعة بطلت.

قال مولانا عليه السلام: وهكذا لو فسخ بعيب(٢) أو رؤية(٣) بالحكم لم يبطل ما قد أخذه بالشفعة.

وقال الفقيه علي: القياس بطلان الشفعة إذا كان الفسخ بالحكم؛ لأنه نقض للعقد من أصله.

قال مولانا عليه السلام: والصحيح عندي ما ذكره الفقيه يحيى البحيبح وأبو مضر.

فائدة:

اعلم أن البائع بعقد فاسد مهما لم يسلم المبيع فله أن يشفع به(٤)؛ لأنه قبل التسليم على ملكه(٥)، ....

(*) **تنبيه**: أما لو ملك السبب بعقد فاسد فشفع به، ثم أراد الحاكم أن يفسخ العقد لفساده، فطلب الشفيع تأخير الفسخ حتى يحكم له بالشفعة - احتمل أن له ذلك، كما ذكر في الوافي إذا شفع في السبب المستشفع به أخّر الحكم عليه بالشفعة حتى يحكم له بالشفعة، واحتمل خلاف هذا، وهو أنه لا يؤخر في الفاسد، ولكن يحكم لمن سبق. (غيث).

(١) ولو بالتراضي.

(٢) قد تقدم أن الشفعة تصرف، فكيف يرد بخيار الرؤية؟ ولعله على أحد الاحتمالين.اهـ وأما العيب فمستقيم قبل العلم بالعيب. (قرير).

(*) قبل العلم بالعيب.

(٣) هذا على القول بعدم بطلان خياره بالشفعة، والصحيح خلافه، كما تقدم.

(*) وجه التشكيل أن الشفعة به تبطل خيار الرؤية، وقد تقدم.اهـ يقال: حكم الحاكم بثبوت خيار الرؤية بعد الشفعة على أحد احتمالين، فلا وجه للتشكيل.

(٤) غيره. (قرير).

(٥) وهكذا في المبيع الموقوف إذا بيع شيء بجنبه قبل الإجازة فيه[١] فالشفعة لمالكه بشرط أن يقع الحكم أو التراضي قبل الإجازة. (كواكب لفظاً). إن قيل: إنه تصرف فهلا يبطل العقد؟ (من شرح التهامي من خط المفتي).

---

[١] وفيه تأمل. وجه التأمل أن الإجازة تكشف ملك المشتري من يوم العقد بخلاف الفاسد. وقرر أنها لمن استقر له الملك لأنها منعطفة من يوم الإجازة إلى يوم العقد. (قرير). بخلاف الفاسد فلا يملك إلا بالقبض. (قرير).

وإذا شفع به[١] ثم سلمه للمشتري هل تبطل شفعته؟ قال عليه السلام: لا نص لأصحابنا في ذلك، والقياس أن لا تبطل[٢] إن قلنا: إن ملكه من يوم القبض، لا من يوم العقد.

فلو شفع به وقد سلمه ثم فسخ عليه بحكم[٣] قال عليه السلام: فمفهوم كلام الفقيه حسن في التذكرة أنها تتم شفعته، وفيه نظر[٤].

(إلا[٥]) أن تكون أي هذه الأسباب ملكاً **(لكافر[٦])** فلا شفعة له **(على مسلم**

---

(١) غيره. (قررو).

(٢) إن كان قد حصل الحكم بها أو التسليم باللفظ، وإلا بطل، كما سيأتي في الفصل الثاني.

(٣) هل تتم شفعته. (غيث).

(٤) لأن إثبات الشفعة للبائع والمشتري يؤدي إلى ملك بين مالكين في المشفوع به، وقد قال: لا تبطل شفعة المشتري وإن فسخ بعد الحكم بها. (غيث). يعني: يشفع به البائع والمشتري، بل الشفعة للبائع حيث فسخ البيع، سواء فسخ بالتراضي أو الحكم، والله أعلم. المختار أنها لا تعود الشفعة للبائع؛ لأن حالة البيع وهو في ملك غيره وأيضاً فإنه يؤدي إلى ملك بين مالكين في المشفوع به، كمقدور بين قادرين.

(*) المختار لا شفعة. (قررو).

(*) لأنه يؤدي إلى ملك بين مالكين، [كمقدور بين قادرين[١]]. (نجري). وإلى أن يشفع البائع والمشتري. (رياض). يقال: هو ملك أحدهما فقط.

(٥) استثناء من قوله: «لكل شريك مالك». (هامش هداية).

(٦) حال العقد، فلو كان مسلماً حال العقد ثم ارتد وطلب فموقوف، يعني: ارتد قبل العلم.اهـ بل لا يصح أن يطلب حال الردة إذا كان المشتري مسلماً.اهـ فإن أسلم ثبتت له، وإن لحق ورثت عنه، وأما إذا طلبها قبل ردته فظاهر، وإن لم يطلب بل تراخى أو نحوه بطلت عليه، فإن طلبها الوارث فموقوف: فإن لحق ثبتت له، وإن أسلم بطلت. (هبل) (قررو).

(*) ويرد سؤال: وهو أن يقال: إذا كان المذهب قول الهادي عليه السلام: إنه لا شفعة لهم على المسلمين - فكيف صح البيع منهم على قول الأخوين ولم تصح الشفعة؟ والجواب: أن البيع يؤخذ بالتراضي والشفعة بالقهر. (غيث).

---

[١] يعني: مصنوعاً بين صانعين؛ لأن ما فعلت أنت يمتنع أن يفعله غيرك بعد فعلك.

=

مطلقاً(١) أي: سواء كان في خططنا أم في خططهم، هذا قول الهادي عليه السلام في الأحكام، والناصر والمنصور بالله؛ لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((الإسلام يعلو ولا يعلى عليه))(٢).

وقال المؤيد بالله وأبو حنيفة والشافعي: إن لهم الشفعة؛ لعموم الأدلة، ولأنه حق يراد به دفع الضرر(٣) فاستوى فيه الكافر والمسلم.

واختلفوا هل تثبت للذمي على ذمي في خططنا أم لا؟ فالذي ذكره في الأحكام: أنه لا شفعة لذمي على ذمي في خططنا(٤). قال مولانا عليه السلام: وهو الذي أردناه

(*) ولا تبطل بردة الشفيع بعد البيع، ذكره في البحر. (بيان بلفظه). وعليه ما لفظه: لعله حيث وقعت الردة بعد الطلب أو قبل العلم، فإن لحق فلورثته، وإن رجع إلى الإسلام فله، إلا أن يكون قد علم بالشفعة حال الردة ولم يرجع إلى الإسلام على الفور ويطلب[١] بطلت شفعته؛ لأنه أتي من قبل نفسه. (قرر).

(*) ولو تأويلاً. (قرر).

(١) فإذا كان الثمن خمراً فالقيمة. (بيان)[٢]. يوم العقد. (قرر).

(*) لأنهم ليس لهم حق السكنى والتملك.

(٢) ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((لا شفعة لذمي على مسلم)). (أنهار). ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((لا شفعة لليهودي ولا للنصراني)). (زهور). يعني: في خططنا؛ لأنها تثبت الشفعة على بعضهم البعض في خططهم بالإجماع. (شرح أثمار).

(*) ولأنه لا حق لهم في السكنى في خططنا.اهـ ولقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾ [النساء١٤١]. (غيث).

(٣) في الغيث وثلاث مخطوطات من الشرح: يراد لدفع الضرر.

(٤) لأنا لم نؤمر بدفع جميع الضرر عنهم. (هداية). وفي الغيث: أنهم لا يستحقون القرار، وإنما لهم[٣] حق السكنى والتملك لا غير، فينظر. وفي بعض الحواشي: وإنما لهم حق السكنى لا التملك.

---

[١] وعن القاضي سعيد الهبل: تبطل؛ لأن إسلامه إعراض. وفي حاشية: فإن رجع إلى الإسلام فوراً لم تبطل عليه، ولعله يفهمه الأزهار بقوله: «أو فرضاً تضيق لم تبطل». (قرر).

[٢] لفظ البيان: **مسألة**: ويشفع المسلمون أهل الذمة فيما شروه وفاقاً، فلو كان ثمنه خمراً أخذه بقيمة الخمر.

[٣] لفظ الغيث: لأنهم لا يستحقون القرار، ولا لهم حق السكنى والتملك.

=

بقولنا: **(أو كافر في خططنا**[١]**)** وقال في المنتخب والمؤيد بالله وأبو حنيفة والشافعي: إن لهم الشفعة على بعضهم بعض ولو في خططنا. وأما في خططهم فالشفعة لبعضهم[٢] على بعض ثابتة بالإجماع. وخططهم: أيلة[٣] وعمورية[٤] وفلسطين[٥] ونجران.

قال الفقيه علي: والشفعة لهم[٦] في المنقولات[٧] ثابتة في خططنا بالإجماع[٨].

واعلم أن المستحقين للشفعة وإن كانوا مترتبين في الاستحقاق على الترتيب المتقدم فإن طلبهم إياها لا ترتيب فيه؛ ولهذا قال عليه السلام: **(ولا ترتيب في الطلب)**[٩] بل متى علم الجار بالبيع طلب الشفعة فوراً وإن كان ثم خليط، فلو تراخى بطلت

(*) العبرة بخطط المسلمين وقت النبي صلى الله عليه وآله وسلم.

(١) في المنقول وغيره على الأصح. (قرر).

(٢) فلو بيعت دار في خططهم إلى ذمي[١] ولها جاران مسلم وذمي فعن بعض الناصرية: يشفع المسلم وحده. وقيل -وهو الصحيح-: إنهما يشتركان، وهذا هو الظاهر للمذهب. (نجري، وبيان).

(٣) وفي المصباح: بيت المقدس معرب.

(*) وهي القرية التي كانت حاضرة البحر.

(٤) بلد بالروم. (قاموس).

(*) بتشديد الميم. (قاموس). وتخفيف الياء.

(٥) بكسر الفاء وفتح اللام، ذكره في التمهيد، قيل: وهي بيت المقدس.

(*) وخيبر، وقسطنطينية، وهي اسطنبول في لغة العرب.

(٦) على بعضهم البعض فقط.

(٧) قوي وإن كان خلاف الأزهار. والمختار ما في الأزهار. و(قرر).

(٨) قوي عند من أثبت الشفعة في المنقولات.

(٩) إذا كان عالماً، لا جاهلاً فلا تبطل. و(قرر).

(*) إذ سببها العقد لا ترك الأولى. (بحر معنى).

---

[١] وأما إذا كان البيع إلى مسلم فالشفعة للمسلم فقط. (قرر).

شفعته[١]، وسواء طلبها الخليط أم لم يطلبها.

(و) إذا كان في المبيع شفيعان مستويان في سبب واحد، لكن أحدهما له سبب آخر[٢] مع ذلك السبب[٣]، فهل يستحق الشفعة دون من له سبب واحد؟ اختلف في المسألة، قال عليه السلام: فالمذهب ما ذكرناه، وهو أنه **(لا فضل[٤] بتعدد السبب)**[٥] بل يستويان.

وقال أبو طالب[٦]: بل يستحق الشفعة ذو السببين دون ذي السبب الواحد.

---

(١) مع علمه أنه يستحق الطلب مع وجود الخليط، ولم يطلبها. و(قرر). وعلم أن التراخي مبطل. (قرر). لا إذا كان جاهلاً فلا تبطل. (قرر).

(*) مع العلم. (قرر).

(*) فعلى هذا يطلب صاحب الشرب مثلاً مع وجود الخليط؛ لجواز أن تبطل على الخليط، فإن لم يطلب بطلت شفعته مع علمه أنه يستحق الطلب مع الخليط، وأن تراخيه مبطل. (قرر).

(٢) أضعف. (قرر).

(*) كشريكي أصل مع شريك في الشرب، أو شريكي شرب ولأحدهما شركة في الطريق، أو شريكي طريق ولأحدهما جوار، فالشفعة بينهما على سواء. (أثمار، ومعيار). وقرره في حاشية السحولي. (قرر).

(٣) نحو أن ينفرد بالجوار، ويشتركان في الطريق. (غاية).

(٤) يعني: لو كان لأحد الشفعاء شركة في الشرب مع كونه خليطاً، والآخر خليطاً فقط، فهما على سواء. (سماع).

(*) وهو الذي صححه القاضي زيد للمذهب. (غيث). وجه كلام القاضي زيد: القياس على ما لو اشتركا في الشرب واختص أحدهما بالجوار، فإنه لا حكم للجوار، ذكره في الكافي، وادعى فيه الإجماع. ووجه كلام أبي طالب: أن مضرة الجار المشارك في الطريق أكثر من المضرة على المشارك في الطريق وليس بجار. (غيث).

(٥) المختلف. (قرر).

(٦) وقواه الإمام في البحر، قال: لأنها شرعت لدفع الضرر، وضرره أكثر. (شرح فتح).

(و)كما لا فضل بتعدد السبب كذلك **(كثرته**[١]**)** فتستحق الشفعة على عدد الرؤوس[٢] دون الأنصباء، فلو كان لأحد الخليطين ثُمن وللآخر ثلاثة أثمان[٣] كان المشفوع فيه بينهما نصفين[٤].

وقال مالك: إنها على قدر الأنصباء[٥]. وهو أحد قولي الناصر عليه السلام.

أما إذا استحق الشخصان الشفعة بسبب واحد كالطريق أو الشرب، لكن أحدهما أخص بالمبيع - فإن الشفعة لا تكون لهما جميعاً **(بل)** للأخص دون الآخر، وإنما استحقها **(بخصوصه)**[٦] وهذا إنما يتصور ....

---

(١) وينبغي أن يأتي فيه خلاف أبي طالب.

(*) المتفق. (قرز).

(*) والمراد لو قام شفيعان أحدهما مشارك في ساقيتين أو طريقين والثاني في واحدة فهما على سواء، وكذا لو كانا جارين أحدهما من جهتين والثاني من جهة. (كواكب) (قرز).

(٢) بخلاف الأولوية فإنها على قدر الأنصباء. (قرز).

(٣) والمبيع نصف.

(٤) لأن الضرر يرجع إلى الملاك.

(٥) لأن السبب في أخذه الملك فاعتبر تقديره[١]. ووجه كلام الأزهار: القياس على زيادة الجراحة من أحد القاتلين، وزيادة أحد البينتين، وضمان المعتقين للعبد لشريكهما. (أنهار).

(٦) وأما إذا كان أهل الأرض يسقون من واد أو من عين فوَّارة من دون استخراج الماء أو جذبه إلى المال - فلا شفعة بينهم بالشرب [بل بالجوار]. وكذا إذا كان الماء يسقي الأسفل بصبابة من الأعلى من دون اشتراك فلا شفعة بينهم. (قرز) [بالشرب، بل بالجوار أيضاً. (قرز)] أو كان لهم في ملك غيرهم حق المرور فقط، ولا شركة بينهم في أصل النهر ولا مجاريه فلا شفعة بالشرب، بل بالجواز أيضاً؛ إذ لا ملك بينهم مشترك. (سماع سيدنا علي بن أحمد رحمه الله) (قرز).

(*) الاختصاص في الحقيقة من كثرة السبب فتأمل.اهـ بل بقوة السبب؛ إذ الخلطة أقوى من الشرب، والشرب أقوى من الطريق، فلا اعتراض.

---

[١] لفظ الغيث: لأن السبب في أخذهما الملك؛ فاعتبر بقدره.

في شريك الطريق(١) والشرب، فإذا كان الزقاق لا منفذ(٢) له وفيه ثلاث دور(٣)، والدار المبيعة في الوسط - فإن صاحب الدار الأولى(٤) لا يستحق الشفعة، بل صاحب الداخلة(٥)؛ لأنه ينقطع حق صاحب الدار الأولى من الطريق(٦)، ويبقى صاحب الدار الداخلة شريكاً لصاحب الدار المبيعة؛ فكان أخص. فلو كانت الدار المبيعة هي الأولى استوى الداخلان(٧) في استحقاق الشفعة، ولو كانت المبيعة هي الداخلة استحق الشفعة الأوسط؛ لأنه أخص(٨)، هذا قول الهادي عليه السلام والمؤيد

---

(١) ولا بد أن يكون ملكها متصلاً بالمبيع، وكذا النهر، وظاهر الأزهار والتذكرة وموضعان في البيان: لا يشترط ذلك. (بيان) (قرير).

(٢) فإن كانت نافذة فلا شفعة بها؛ لأن الناس فيه على سواء. (قرير).

(٣) في جانب واحد أو جانبين.

(٤) الخارجة.

(٥) الدار.

(*) وإن أبطل صاحب الداخلة شفعته كانت لصاحب الأولى؛ لأنهم مشتركون في الطريق، وهو متصل بالمبيع. (سماع). ومثله في البيان. (قرير).

(*) والمسامت لها في الباب ونحوه. (بيان). وكذا المنشر الذي يدخل منه الماء إلى الأرض، ومسامت المنشر [البئر (نخ)] في الأراضي كمسامت الباب في الدور، ذكره صاحب البيان. (قرير).

(٦) الأخص لا الملك.

(٧) وكذا من كان بابه مسامتاً لباب المبيعة فهم الكل على سواء. ومناشر الجرب كالأبواب. (قرير). فعلى هذا أن كورة البئر أو الغيل كباب السكة، ومناشر الماء كالأبواب، وأسفل الوادي كداخل السكة. ولفظ البحر: ولا شفعة للأعلى مع الأسفل من شركاء الشرب؛ إذ ينقطع حق الأعلى عما بعد المبيعة ويبقى حق الأسفل، فهو أخص. (بحر).

(٨) بالجوار. (شرح نجري). وقيل: بالطريق. (صعيتري، ودواري). [وفائدة الخلاف لو كان في ظهرها دار. (دواري). إن قلنا بالجوار فالشفعة بينه وبين صاحب الدار التي إلى ظهرها، وإن قلنا: بالأخصية اختص بها صاحب الوسط. (قرير)].

=

بالله أخيراً، وهكذا عن أبي يوسف ومحمد.

وقال أبو حنيفة والمؤيد بالله في قديم قوليه: إنه لا حكم للأخصية، بل يستحق الشفعة من تحت المبيعة(١) ومن فوقها من أهل الزقاق. وهكذا عن الناصر وابني الهادي. وكذلك حكم الأراضي التي يجري إليها الماء(٢). فإن

(*) وإذا ترك الأخص شفعته أو بطلت بسبب[١] استحقها من بعده[٢]، خلاف الأستاذ وأحد قوليالمؤيد بالله. (بيان). قلنا: بل يستحقها من بعده، كلو عدم الأخص.

(*) وإنما جعل بالاختصاص لأن ملكهم وملك صاحب الدار الداخلة متصل. (قرير).

(١) لملكهم قرارها.

(٢) **فرع**: ومن استحق الأرض بالشفعة[٣] استحق نصيبها من الغدير[٤]. وقيل: لا؛ لاستوائهم[٥] في الغدير. قلنا: الحق يدخل تبعاً. (بحر). قال في البيان: يشترط اتصال الملك من الأراضي إلى النهر. وظاهر الأزهار والتذكرة لا يشترط. (قرير).

(*) وأما الشركاء في الشرب فلا يخلو: إما أن يشتركوا في أصل النهر أو لا، إن كان الاشتراك في أصل النهر فإن كان لكل واحد ساقية منفردة وبيعت إحدى الأراضي كانت الشفعة لهم جميعاً؛ إذ لا اختصاص لأحدهم، وكذا إن كان للضيعة نهران رأس أحدهما في الجهة التي فيها أسفل النهر الآخر فالشفعة لهما على سواء؛ إذ لا اختصاص لأيهم بأي النهرين، وأما إذا كان للنهر سواق متفرعة، وفي كل ساقية شركاء يسقون منها أراضيهم، فإذا بيع بعض هذه الأراضي كانت الشفعة فيها للشركاء في ساقيتها دون سائر أهل النهر؛ للخصوصية. (شرح أثمار).

---

[١] كان للأقرب من الأعلى. (كواكب). وكذا في الشرب.

[٢] قوله: «من بعده» فإذا سلمها أهل الأسافل كلهم استحقها الأقرب من أهل الأعالي. وقال الأستاذ وأحد قولي المؤيد بالله: لا يستحقها أرباب الأعالي، ذكره في المذاكرة. (هامش بيان).

[*] يعني: باقي الشفعاء جميعاً؛ إذ هم قبل البطلان على سواء، فكذا في الحال.اهـ وقيل: لمن يلي المبطل، ويكون المبطل كالمعدوم، كالشفعاء إذا بطلت شفعة الخليط استحقها صاحب الشرب، لا الجميع. (مفتي) (قرير).

[٣] بالخلطة. (قرير).

[٤] ولفظ البيان: **مسألة**: وإذا كانت ضياع متفرقة تشرب من بئر أو غدير مشترك بينها الكل فما بيع في أحد الضياع فالشفعة فيه لأهلها على حسب الاختصاص [سواء كانت المجاري ملكاً أو حقاً] دون سائر الضياع، وأما نصيبها من البئر أو الغدير حيث بيع معها [أو دخل تبعاً. (قرير)] فالشفعة فيه لهم الكل، لأنهم شركاء فيه. (بيان بلفظه).

[٥] ذكره الفقيه علي عن بعض المذاكرين، وقال الفقيه حسن: إن قال: «ونصيبها» فلهم جميعاً، لا إذا قال: «بحقوقها». قال الفقيه يحيى البحيبح: ويؤخذ من هذا أنه يدخل حقاً لا ملكاً.

=

كانت الدار في درب(١) دوار لم تكن الشفعة بالجوار، بل لهم(٢) على سواء.

تنبيه: لو كان في أقصى السكة المنسدة مسجد(٣) فقال في البيان: لا شفعة بينهم بالطريق(٤)؛ لأنها كالنافذة. وقال الفقيه يحيى البحيبح: إن كان المسجد متقدماً على عمارة الدور فلا شفعة، وإن كان متأخراً فالشفعة ثابتة. ولقائل(٥) أن يُفَصِّل ويقول: إن بُني(٦) بإذن أهل الزقاق بطلت الشفعة(٧) وكان كالنافذ؛

(*) وهذا الكلام المتقدم في الشفعة في الأرض التي على النهر، وأما نصيبها من النهر ففيه ثلاثة أقوال للمذاكرين: الأول ذكره الفقيهان محمد بن سليمان ومحمد بن يحيى: أن النصب من النهر لمن شفع الأرض، سواء قال: «بعتك هذه الأرض ونصيبها من النهر» أو قال: «بحقوقها». القول الثاني: حكاه الفقيه علي عن بعض المذاكرين: أن أهل الضياع في النصيب من النهر على سواء؛ لأنه لا خصوصية لأحدهم بالنظر إليه. القول الثالث: رواه في التقرير عن الأمير مجد الدين: أنه إن قال: «بعتك الأرض ونصيبها من النهر» اشترك أهل الضياع في النصيب من النهر، وإن قال: «بحقوقها» كان نصيبها من النهر لمن شفع الأرض. (شرح بهران).

(١) يعني: في شارع دوار، بحيث إن كل واحد منهم يأتي إلى داره من أي الجانبين شاء، ولو كان أحدهما أقرب إلى داره، فهم على سواء في الشفعة بالطريق. (كواكب).

(*) كالدرب الجديد في صعدة.

(*) وهكذا إذا كانت البيوت محيطة بحافة، أبوابها إلى تلك الحافة، وكذا في الشارع النافذ الذي يختص بمحصورين. (قرير). فالشفعة بينهم على سواء. (قرير)،

(٢) بالطريق.

(٣) أو وقف عام، كالحمام ونحوه. (بيان) (قرير).

(*) أو وقفاً لما شاءوا. (قرير).

(٤) وقال الإمام المتوكل على الله: تثبت لهم الشفعة؛ لأن ملكهم باق وإن شاركهم السبيل.

(*) بل بالجوار فقط. (قرير).

(٥) الفقيه يوسف، وفي البيان السيد يحيى بن الحسين.

(٦) يعني: سبل.

(٧) وهذا كله حيث كان بابه إلى السكة فحكمها حكم النافذة، وإن كان إلى خارج فحكمها حكم المنسدة. (غيث) (قرير).

لأنهم أسقطوا(١) حقهم، وإن كان من غير إذنهم(٢) فالشفعة باقية(٣).

(وتجب(٤)) الشفعة **(بالبيع(٥))** فلا تجب قبله، ولهذا فائدتان، وهما: أنه لا يصح طلبها قبله، ولا تسليمها(٦).

(وتستحق بالطلب(٧)) أي: لا حق للشفيع(٨) إلا بعد طلبه لها، ولهذا

---

(١) فإذا كان المسجد في وسط السكة ثبتت الشفعة بالطريق فيما بعده، لا فيما قبله فلا شفعة[١]. (قرز).

(٢) أليس الكلام مفروضاً بعد صحة كونه مسجداً؟ (مفتي). وهذا لم [يكن] قد صح مسجداً. فينظر.

(٣) بالطريق.

(*) ولم يصح المسجد. (دواري).

(٤) أي: تثبت.

(٥) وعن القدوري[٢] من الحنفية: تستحق بالبيع، وتستقر بالطلب، وتملك بالحكم. قال الفقيه محمد بن يحيى: وهي عبارة رشيقة. (غيث).

(*) أي: عند البيع؛ لدورانها معه وجوداً وعدماً، فهو علة وجودها وثبوتها، فلذا لو سلمها قبل العقد لم تبطل؛ إذ لا يتقدم الحكم على سببه. (شرح هداية).

(٦) بخلاف الأخذ بالأولوية فيبطل بالإبطال قبل البيع. (بيان) (قرز).

(٧) والمراد تتوقف على الطلب، وإلا فحق الشفيع سابق لملك المشتري كما مر.

(٨) **مسألة**: وإذا كانت الشفعة لمحجور عليه صح منه طلبها، [ويمهل ما رآه الحاكم. (قرز)] ويكون كالمعسر[٣]. (بيان).

(*) **مسألة**: وإذا طلب الشفيع وعرف من قصده عدم رغبته في الشفعة، وإنما هو يريد طلبها ويأخذ ثمنها من غيره ثم يعطيه المبيع عن الثمن - فإن ذلك لا يمنع من طلبه. (بيان). ولفظ حاشية: قال في الإفادة: ويجوز أن يشفع ويستقرض الثمن، أو يجعل المشفوع لصديق، مع إيساره. (قرز).

---

[١] إلا بالجوار. (قرز).

[٢] بضم القاف والدال، منسوب إلى بلد يفعل فيها القدور، ذكر معناه في حاشية البحر، كنيته أبو الحسين واسمه أحمد بن محمد بن جعفر، وهو صاحب المختصر.

[٣] لفظ حاشية من هامش البيان: الأولى أنه يمهل كإمهال الشفيع، وأما الإعسار فهو مبطل. (قرز).

فائدتان(١): الأولى: أن المشتري لا يكون متعدياً بما فعل قبل طلب الشفيع(٢).

الثانية: أن الشفعة لا تورث قبل الطلب(٣).

(وتملك) بالحكم، بمعنى: أن الشفيع يملك المشفوع فيه بأحد أمرين: إما **(بالحكم)** بالشفعة **(أو التسليم(٤))** من المشتري ....

---

(١) والثالثة: امتناع الفسخ والتقايل. (قرير).

(*) **مسألة**: ذكر المؤيد بالله في الزيادات أن الشفيع إذا طلب الشفعة كان للمشتري مطالبة الشفيع ومرافعته إلى الحاكم على أنه يعد[١] لتسليم الثمن إلى ثلاثة أيام، أو يأخذ منه الكفيل بذلك، فإن قصر في تحصيله أبطل الحاكم شفعته. قال الفقيه يوسف في شرح الزيادات: وهذا بخلاف سائر الدعاوي، فإن المدعى عليه لا يقول للمدعي: «تم على دعواك وإلا ضَمَّنْتَ أنك إن لم تطالب إلى يوم كذا فقد أبطلت دعواك»؛ لأن على المشتري مضرة من حيث إنه لا يزرع ولا يتصرف بعد طلب الشفعة إلا ويكون متعدياً، فلو أن الشفيع فر قبل أخذ الكفيل منه بذلك جاء الخلاف، فعلى قول المنتخب والأخوين: هو على شفعته وإن لحق المشتري الضرر، وعلى قول الفنون: إنه إذا فرط في إحضار الثمن بطلت شفعته. (مقصد حسن). لكنه لو فر بعد طلبها وفي المبيع خلل؟ يحتمل أن الحاكم ينصب عن الشفيع، ويؤجّل عن المنصوب مشروطاً، فإن لم يأت أبطل شفعته، فهذا قياس قولهم: إن للمشتري مرافعة الشفيع إلخ، ويحتمل أن الحاكم يأمر المشتري بإصلاح الخلل، ثم إذا رجع الشفيع وحكم له رجع المشتري بالغرامة؛ وفاء بالحقين، وإلا فات الغرض من فائدة نصب الحكام لمصالح المسلمين. والاحتمال الثاني أقوى. (من إفادة سيدنا محسن الشويطر رحمه الله).

(٢) ولو علم أنه سيطلب.

(٣) بعد علمه، والتمكن. و(قرير).

(٤) سؤال في رجل شرى أطياناً في بلد غير التي هو فيها، فصار يؤذي أهل تلك البلد، فحصل الحديث بينهم أنه قال: «سلموا إلي الدراهم وأنا مشفع لكم في جميع ما قد شريته»، فقالوا: «صواب»، فقال: «اشهدوا أني مشفع لهم حاضرهم وغائبهم»، فقالوا: «قبلنا» وكانوا عالمين بالشراء، وبعضهم بائعين، وقد بطلت شفعتهم، فهل هذا من وجوه المملكات يملكون المال به أم لا؟ أجاب المتوكل على الله أنه إن كان الخطاب لغير البائعين فهو من باب التولية، وإن كان الخطاب للبائعين فهو من باب الإقالة.

---

[١] في المقصد الحسن: يعود.

(طوعاً[(١)]**)** ولا تملك قبل حصول أحد هذين الأمرين. ولهذا فائدتان: الأولى: أن تصرف الشفيع في المشفوع فيه قبل أن يحصل أحد هذين[(٢)] الأمرين لا يصح.

الثانية: أن الشفيع قبل أن يحصل أحد هذين الأمرين لا يستحق الأجرة لتلف المنافع[(٣)]، ولا يستحق ضماناً للرقبة.

---

(١) بعد قبضه. وقيل: لا يشترط كما يأتي. (قرر).

(٢) أو بعد التسليم قبل الضمان. (قرر).

(٣) الأصح أنه كضمان المبيع حيث سلم[١] طوعاً، لا إذا سلم بالحكم استحق الضمان[٢] والأجرة إذا استعمل مطلقاً[٣] ولو قبل القبض. (قرر).

---

[١] ويستحق الأجرة باستعماله مع البقاء. (قرر).

[٢] إن جنى أو فرط. (قرر).

[٣] سواء بقي أو تلف مع الاستعمال.

(فصل): في بيان ما تبطل به الشفعة ومسائل[١] تعلق بذلك[٢]

(و)جملة ما تبطل به الشفعة عشرة[٣] أمور:

الأول: أنها **(تبطل بالتسليم[٤] بعد البيع)** فإذا قال الشفيع للمشتري[٥]: «سلمت لك ما أستحقه من الشفعة» أو نحو ذلك[٦] بطلت شفعته إذا قال ذلك بعد البيع، لا قبله[٧] فلا تبطل بذلك **(وإن جهل)** الشفيع أن البيع لَمَّا يقع فسلَّم الشفعةَ جاهلاً **(تقدمه[٨])** بطلت شفعته، ولا تأثير لجهله.

---

(١) الإشهاد والسير.

(٢) في قوله: «فلو أتم نفلاً ركعتين».

(٣) بل أحد عشر، إذا قال: «شفعت ولي الخيار». (قرر). والثاني عشر: الإعسار. (قرر).

(٤) وظاهر الإطلاق بطلانها بالتسليم بعد البيع وتمليكها الغير بعد البيع ولو وقع بعد الطلب، مهما لم يحكم له أو سلمت طوعاً.

(*) حيث لا خيار للبائع أو لهما، وإلا فلا تبطل، ولا يكفي الطلب في مدة الخيار، وعليه الأزهار في قوله: «وإذا انفرد به المشتري» إلخ. (قرر).

(٥) أو لغيره. (قرر).

(٦) الدعاء للمشتري، نحو: بارك الله لك.

(*) أي لفظ يفيد الإبطال، سواء أفاده بصريحه أو بالدلالة عليه، فالأول نحو: عفوت عن شفعتي، أو أبطلتها، أو أسقطتها. والثاني نحو: بع ممن شئت، أو لا حاجة لي في المبيع، أو لا نقد معي. (شرح بحر) (قرر).

(٧) ولا حاله أو التبس فلا تبطل. (مفتي) (قرر).

(٨) وذلك لأنه قد أسقط حقه، وإسقاط الحق يصح مع الجهل به، كما إذا طلق امرأة معينة[١] أو أعتق عبداً معيناً وهو يظنه لغيره، ثم بانت امرأته أو عبده. (كواكب).

(*) أو جاهلاً للاستحقاق.اهـ أو جهل كونها تبطل بالتسليم. (حاشية سحولي) (قرر).

---

[١] أقول: قد تقدم في خيار الصغيرة اشتراط العلم بتجدد الخيار مع أن الكل إسقاط حق فينظر. يقال: هنا تسليم لا هناك.اهـ والفرق بين هذا وبين ما تقدم في البيع الموقوف أنه يشترط علمه بتقدم العقد لا هنا أن الحق هنا أضعف.

قال أبو مضر: إنما تبطل في الظاهر لا في الباطن. وقال الفقيه محمد بن يحيى: بل في الظاهر والباطن[١].

(إلا) أن يسلم الشفعة **(لأمر)** بلغه، نحو أن يبلغه أن الثمن مائة، أو يكون عنده أن العقد فاسد[٢] **(فارتفع[٣])** ذلك الأمر الذي لأجله سلم -بأن حط البائع من ذلك الثمن، أو حكم الحاكم بصحة ذلك الفاسد[٤]- فإنه حينئذٍ[٥] تثبت له الشفعة.

وقال الفقيه يحيى البحيبح: بل تبطل شفعته ولو حكم الحاكم[٦].

(أو) أخبر[٧] بأن الثمن مائة[٨] أو أن الشراء لزيد وسلم، فانكشف أن ذلك

---

(١) لأنه إسقاط حق، والجهل لا تأثير له.اهـ لأنه لا فرق بين العلم والجهل في إسقاط الحقوق بالقول؛ لحديث علي عليه السلام في إجازته نكاح العبد حيث قال له سيده: «طلق». (شرح أثمار).

(٢) العبرة بمذهب المتبايعين، لا بمذهب الشفيع. (قرير).

(*) في عقيدته بنقل أو نحوه.

(٣) وعلى الشفيع البينة في ذلك كله.

(٤) لأن الحكم كتجديد العقد. (بحر).

(*) فلو طلبها فوراً ثم حكم الحاكم بصحته ثبتت الشفعة. (بيان). واحتاج إلى طلب بعد الحكم. وقيل: لا يحتاج؛ لأنه كاشف. (قرير). فلو كان قد أبطلها في العقد الفاسد؟ ظاهر الأزهار في قوله: «إلا لأمر فارتفع» أنها لا تبطل.اهـ قلت: بل قبل وجود ماله. (مفتي في هامش البيان).

(٥) شكل عليه، ووجهه: أنها ثابتة حيث أخبر بالثمن، إلا في الفاسد فتثبت بالحكم بصحته.

(٦) يعني: بصحة البيع. (نسخة).

(٧) وكذا لو ظن أن المشتري لا يشفع عليه فشفع عليه، فإن له أن يشفع، ويكون كما لو ظنه لزيد فانكشف لعمرو. (شامي) و(قرير).

(٨) فإن كان أكثر بطلت؛ لأنه قد وقع.اهـ قلت: إلا أن يظهر غرض في الأغلى، نحو أن يحلف لا شفع بالأقل فبان الثمن أكثر فله الشفعة.

(لم يقع[١]) بل كان الثمن خمسين، والشراء لعمرو، أو أن الثمن من جنس فانكشف من جنس آخر، أو أخبر ببيع النصف فسلم فانكشف الكل، أو العكس - لم تبطل شفعته بذلك التسليم[٢]. وكذا لو ظن أن العقد[٣] فاسد[٤]

---

(١) وعلى الجملة أينما تركت الشفعة لغرض ثم تبين خلافه فهو على شفعته، والقول قوله أنه سلمه لذلك الغرض[١] ما لم يكن الظاهر خلافه. (صعيتري).

(*) ينظر لو ترك الشفعة لكثرة الثمن، ثم انكشف أنه يستحق بعض المبيع، هل يكون ذلك عذراً له فيطلبها عقيب الاستحقاق أم لا؟ أجاب المتوكل على الله أنه يكون عذراً له، فيشفع. و(قرر).

(*) **سؤال**: إذا شفع الشفيع الخليط وقيد الشفعة بالطلب، ثم تقاسم هو والمشتري، ثم بعد ذلك قال: «أنا باق على شفعتي»، فهل تبطل شفعته بالمقاسمة؟ أجاب سيدنا أحمد بن حابس: أنها تبطل. (قرر). ولا مرية، ولو قد حكم الحاكم للشفيع بالشفعة أو سلم المشتري الشفعة ثم تقاسما؛ لأن المقاسمة أبلغ من الفسخ. (قرر).

(*) **فائدة**: لو كان للشفيع سبب إما الشرب أو الجوار، فترك شفعته في المبيع، فانكشف أن له في المبيع حصة خليطاً وهو جاهل لذلك السبب فأخبر به - فالشفعة تثبت له بذلك السبب.اهـ لأن الحصة التي له فيه - أي: في المبيع - فيها تقليل لثمنه، مثل حيث أخبر أن ثمن المبيع مائة فانكشف خمسين فله الشفعة بذلك؛ لأن الشفعة مبنية على اختلاف الأغراض والمقاصد.

(٢) وذلك لأن التسليم مشروط من جهة المعنى بأن يكون الثمن كما سمع. (صعيتري). ما لم يعلم من شاهد حاله أن التسليم رغبة عن الشفعة. (صعيتري) و(قرر).

(٣) وكذا إذا كان الشفيع ترك الشفعة لكون المشتري أباه أو أخاه، ثم قام شفيع آخر - فله أن يشفع ذلك. (شامي) (قرر).

(٤) ويقبل قوله؛ لأنه لا يعرف إلا من جهته ولا يقبل قوله مع الإخبار.اهـ والصحيح أنه لا تأثير لظنه. (زهور). ومثله في تعليق الإفادة، واختاره في التذكرة.

(*) وهذا ذكره الإمام يحيى والفقيه يحيى البحيبح، هذا حيث كانت العادة جارية بالتعامل بالفاسد في أغلب الأحوال، نحو بيع الرجاء المتعامل به. (عامر) (قرر).

---

[١] مع يمينه. (قرر). إذ لا يعرف إلا من جهته. (قرر).

من غير إخبار، أو أن الشراء[(١)] للمشتري فسلم[(٢)] فانكشف خلافه[(٣)].

(و)الثاني: أنها تبطل[(٤)] **(بتمليكها الغير[(٥)])** نحو أن يقول الشفيع لغيره: «قد ملكتك أو وهبتك[(٦)] حقي في الشفعة» فإنها تبطل **(ولو)** ملكها الغير **(بعوض[(٧)])** سواء كان ذلك العوض من المشتري أم من غيره فإنها تبطل

---

(١) جعلوا لظن الشفيع هنا تأثيراً في عدم بطلان شفعته إذا انكشف خلاف ما ظنه، وفي الوصايا في شرح قوله: «وما أجازه وارث غير مغرور» اختاروا خلاف كلام القاسم عليه السلام أنه إذا أجاز الوارث النصف وهو يظن أنه الثلث، فقالوا: لا تأثير لظنه، بل ينفذ النصف، مع أن الشفعة والإجازة كلاهما إسقاط حق، فينظر في الفرق. (شوكاني).

(٢) الأولى فسكت، وأما إذا سلم الشفعة بطلت؛ لأنه معنى قوله: «وإن جهل». وظاهر الأزهار وشرحه خلافه. (قرير).

(٣) وكيلاً.

(٤) بعد البيع. (قرير).

(٥) ولا فرق بين قبل الطلب وبعده، ولو جاهلاً. (بحر). ولو لم يعين لمن. (حاشية سحولي). نحو: ملكت شفعتي. (قرير).

(*) ولو كان قد طلبها .اهـ ولو جاهلاً. (قرير).

(*) بعد البيع، ولو جاهلاً. (قرير).

(٦) ولو جاهلاً؛ لأنه إعراض.

(٧) ولو جهل كون ذلك يبطل شفعته. (بيان) و(قرير).

(*) ويكون إباحة، فإن سلمه المشتري ليستحق المبيع رجع به مع البقاء والتلف، وإن سلمه لإبطال الشفعة رجع به مع البقاء، لا مع التلف. (سماع). يلزم رده مطلقاً، ويكون كالغصب إلا في الأربعة. (مفتي). وفي المقصد الحسن: مع العلم كالغصب إلا في الأربعة؛ لأنه قد سلطه على ماله، ومع الجهل من المسلم للعوض كالغصب في جميع وجوهه. ومثله عن عامر. (قرير).

(*) ما لم يكن التسليم مشروطاً بصحة تسليم العوض، وكان بعد الطلب، فإذا شرط لم يصح الإسقاط إلا بتسليم ما ذكر، ولا يلزمه، بل يبطل[١] تسليمه الشفعة، ذكره القاضي عامر. (قرير).

---

[١] يقال: إذا رجع بالعوض لم يقع الإسقاط؛ لأن المقصود بالإسقاط الملك للعوض. وقد مر مثله في الإقالة للشامي، وكذا في الخلع في الأزهار في قوله: «غالباً». (قرير).

=

الشفعة **(ولا يلزم)** ذلك العوض؛ لأنها حق، وبيع الحقوق لا يصح.

(و)الثالث: أنها تبطل **(بترك الحاضر**(١) **الطلب**(٢)**)** فإذا كان الشفيع حاضراً(٣) وقت البيع فنجز البيع ولم يطلب **(في المجلس**(٤)**)** بطلت شفعته.

قال أبو العباس: وكذا إن طلب ولم يرافع(٥) مرة إلى الحاكم بطلت شفعته. يعني: إن كان في الناحية حاكم. فالهدوية(٦) وأبو حنيفة يعتبرون المجلس وإن تراخى ما لم يعرض. وقال المؤيد بالله: إن لم يطلبها عقيب الشراء من غير تراخ بطلت.

(*) ولو بعد الطلب، ولو جاهلاً، ويكون ذلك العوض مباحاً يرجع به مع البقاء. وقيل: يرجع مطلقاً.

(١) عند العقد.اهـ مع علمه أن السكوت مبطل. (قرير).

(٢) بلسانه حيث أمكن النطق، وتكفي الإشارة ممن لا يمكنه النطق، فإن أمكنه فلا. (بحر بلفظه) و(قرير).

(٣) ولو سكراناً. (حاشية سحولي) (قرير).

(٤) مجلس الشفيع والمشتري. (قرير).

(*) حجة من أثبت المجلس القياس على خيار القبول[١]؛ لأن حق الشفعة يوجب التمليك فوجب أن يكون المجلس معتبراً فيه كخيار القبول. (بستان).

(*) ما لم يعرض، أو يخرج المشتري من المجلس، أو الشفيع. (قرير).

(٥) وقال الهادي والناصر والمؤيد بالله: لا يحتاج إلى المرافعة. (بيان) (قرير).

(٦) لفظ الغيث: واعلم أن الناس في الشفعة فريقان، فالمذهب وأبو حنيفة وقول للشافعي: أنها على الفور. وقال مالك والشافعي في قول: إنها على التراخي. واختلف كل فريق في ذات بينهم، فالهدوية الخ.

---

[١] قال في الزهور: معنى هذا الكلام فيه تردد، ففي شرح الإبانة ما معناه أنه يريد بخيار القبول خيار البيعين قبل التفرق بالأبدان، ثم قال: وقد يذكر أنه أراد بخيار القبول خيار الموجب في العقود قبل قبول الآخر، فله الخيار ما داما في المجلس ولم يقبل الآخر.

نعم، وإنما تبطل الشفعة إذا ترك الطلب **(بلا عذر)** فأما لو ترك الطلب في المجلس لعذر فإنها لا تبطل، كالخوف[١] من ظالم يفعل معه ما يسقط الواجب[٢] إن طلب[٣] أو رافع[٤]. **(قيل[٥]: وإن جهل استحقاقها)** فترك الطلب في المجلس[٦] جهلاً منه باستحقاقها بطلت، والجهل على وجوه: إما أن يجهل كون الشفعة مشروعة بالجملة، أو يجهل ثبوتها للجار أو لشريك الشرب، أو يجهل كون العقد صحيحاً ويظنه فاسداً[٧]، أو يجهل كون المغصوب[٨] تستحق به الشفعة فيترك الطلب – فإنها تبطل شفعته عند المؤيد بالله، لا عند الهدوية[٩] فإنها لا تبطل مع الجهل؛ لما تقدم[١٠].

(١) وسواء كان الخوف قليلاً أو كثيراً، وعليه البينة إذا ادعى ذلك، إلا أن تكون أمارة الخوف ظاهرة. (ديباج) (قرر).

(٢) خشية الضرر. (قرر).

(*) وهو الإضرار. (قرر). والإجحاف كما تقدم في التيمم. (هامش بيان) (قرر).

(٣) عندنا.

(٤) عند أبي العباس.

(٥) المؤيد بالله.

(٦) بل فوراً على قول المؤيد بالله؛ ولعله على أحد قوليه.

(٧) قلت: جهل كون العقد الأول صحيحاً يكفي، فلا فائدة لقوله: «ويظنه فاسداً». قيل: لا وجه للاعتراض ليبني عليه قول الهدوية.

(*) لا عبرة بظنه إلا حيث الفاسد معتاد في الناحية. (عامر) (قرر).

(٨) عليه.

(٩) لأنهم يفرقون بين السقوط والإسقاط، خلاف المؤيد بالله فلا يفرق بينهما، فالإسقاط ما كان بقول أو فعل، والسقوط عكسه.

(١٠) من أن السكوت مع الجهل فيما هو فوري لا يبطل به الحق، كالصغيرة إذا بلغت وسكتت. (غيث). وفي بعض الحواشي: اللام لا للتعليل، بل متعلقة بقوله: «مع الجهل». (مفتي).

(*) في الغيث في مسألة الصغيرة. وقال في حاشية السحولي في معناه: إنها لا تبطل مع الجهل للذي تقدم من الصور.

قيل: **(و)** تبطل إن أخرها لجهل **(تأثير التراخي)** أي: جهل كونها على الفور، وأنها لا تبطل[(١)] بالتراخي، فإن شفعته تبطل عند المؤيد بالله، لا عند الهدوية فإنها لا تبطل[(٢)].

قال أبو طالب: وهذا محمول على من لم يعلم أن حق الشفعة مشروع في الإسلام، قال: بأن يكون قريب العهد به.

قال مولانا عليه السلام: وهذا الحمل فيه نظر إذا جعلنا الجهل عذراً؛ لأن المسألة خلافية، وقد قال الشافعي: إنها على التراخي[(٣)]، فهذا مما يجهله المسلم وغيره، فلا معنى لقوله: «قريب العهد بالإسلام».

(لا) إذا جهل **(ملكه[(٤)] السبب أو)** جهل **(اتصاله)** بالمبيع فترك الشفعة لجهله كونه مالكاً للسبب الذي يشفع به، أو لجهله اتصال سببه بالمبيع - فإن المؤيد بالله يوافق الهدوية هاهنا أن شفعته لا[(٥)] تبطل.

---

(١) الأولى حذف «لا» ليستقيم العطف.

(٢) وكذا لو جهل جنس الثمن أو قدره، أو المشتري؛ إذ قد يكون له غرض في تركها وأخذها بحسب اختلاف ذلك. (بحر معنى) (قرير). فجهله عذر، ومتى علم بطلت إن تراخى. (قرير).

(*) لكن لا يقبل قوله: إنه جهل ذلك إلا حيث هو محتمل له، نحو أن يكون قريب عهد بالإسلام، أو نشأ في ناحية لا يعرف فيها أحكام الشريعة. وله أن ينكر العلم بالبيع ويحلف ما علم به وينوي علماً[١] يبطل الشفعة. (بيان بلفظه) (قرير).

(٣) أحد قوليه. وفي روضة النواوي ما لفظه: والأظهر المنصوص في الكتب الجديدة أن الشفعة على الفور.

(٤) والفرق بين هذا وبين ما تقدم على أصل المؤيد بالله أنه جهل هنا نفس السبب، وفيما تقدم حكم الشفعة.

(٥) وهو حجتنا عليه.

---

[١] وفائدة هذا إذا خاف الحكم عليه ممن لا يعتبر العلم بتأثير التراخي كالمؤيد بالله.اهـ لعله حيث لم يلزمه الحاكم مذهبه، فإن ألزمه الحاكم مذهبه لم تفده هذه النية؛ لأنه يقطع الخلاف. (قرير).

(و)الرابع: أن يتولى الشفيع بيع ما هو شفيع فيه فإنها تبطل شفعته(١) **(بتولي البيع(٢)) إلا أن يكون ولياً(٣) أو وكيلاً بالطلب(٤) فإن ذلك لا يبطل الشفعة(٥)**.

---

(١) ولو جهل بطلانها بذلك.

(*) والضمان بالثمن بعد البيع يكون إعراضاً، وأما قبله فلا. (قرر).

(٢) حيث شفع لنفسه، إذ يلزم تسليم المبيع؛ لتعلق الحقوق به، وفي تسليمه تسليم الشفعة. (شرح فتح)[١]. قال الفقيه محمد بن يحيى: وفي تعليل أهل المذهب نظر؛ لأن التسليم لا يجب هنا على البائع إذا طلب الشفعة. وحجة أبي حنيفة والشافعي أن أكثر ما في الوكالة أنه رضي بالبيع، ورضاه لا يبطل شفعته. قلنا: لا نسلم أن ليس فيها إلا مجرد الرضا، بل تسليم المبيع، ولا يعقل أن يكون طالباً مطلوباً؛ للتناقض. (بستان).

(*) يقال: لو باع ما يملك، والآخر شفع، ثم مات ذلك الشفيع، والبائع هو الوارث لذلك، فقيل: إنها تثبت له الشفعة؛ لأنه قد ملكه بسبب آخر[٢]، وهو الميراث. (مفتي، وشامي) و(قرر). وفي الصعيتري: لا تثبت له الشفعة؛ لأنه باع ما له فيه شفعة. (صعيتري).

(*) غير فضولي. (قرر). ولياً، أو وكيلاً ولم يضف لفظاً. (قرر).

(*) يعني: بالوكالة[٣] أو بالولاية؛ لأن البيع يقتضي التسليم، والتسليم يبطل الشفعة إذا كانت له، لا إذا كانت لغيره، وهو وكيل فيها أو ولي[٤]. (تذكرة، وكواكب). لمن تولى عليه أو توكل له.

(*) حيث لم يضف لفظاً. (قرر).

(*) ولو جاهلاً. (قرر).

(٣) بالطلب.

(*) كما لو باع الأب مال نفسه ولابنه فيه شفعة فإن له أن يشفع لابنه. (قرر).

(٤) وصورته: أن يوكله زيد بالبيع، ويوكله عمرو بالشفعة، أو يكون فضولياً.

(٥) ولعل وجهه أن فعله لا تأثير له في إبطال حق غيره.

---

[١] وهذا المراد به إذا كان له أن يسلم الشفعة [أي: يبطلها]، فأما إذا لم يكن له تسليمها بأن يكون وليّاً أو وكيلاً بالطلب فإن ذلك لا يبطل الشفعة. (زهور).

[٢] إذا لم يكن الميت قد علم، أو لم يتمكن.

[٣] إلا أن يضيف الوكيل لفظاً إلى من وكله فإنها لا تبطل شفعته؛ لأن الحقوق لا تعلق به. وكذا لو كان فضولياً.

[٤] لمستحق الشفعة. (شرح أثمار).

وعند أبي حنيفة والشافعي: أن الشفعة لا تبطل بتولي البيع. **(لا)** لو شرط[(١)] البائع[(٢)] الخيار لمن له الشفعة فأمضى[(٣)] البيع لم تبطل شفعته لأجل **(إمضائه[(٤)])** البيع. وقال أبو حنيفة: بل تبطل.

---

(١) وهذا بخلاف ما لو شرط المشتري للشفيع الخيار فأمضاه الشفيع بطلت؛ لأن إمضاءه تراخ.اهـ مع علمه بثبوتها قبل اختياره للتمام إذا كانت له، لا إن كان ولياً لغيره أو وكيلاً له بطلبها فلا تبطل. (بيان).

(٢) أو هو والمشتري جميعاً.

(٣) وكذا لو ضمن عهدة الثمن للبائع [قبل البيع، لا بعده فالضمان إعراض كما يأتي. (قررو)] أو ضمن للمشتري درك المبيع فإن الشفعة لا تبطل بذلك؛ إذ لا وجه لبطلانها بذلك، ما لم يحصل به تراخ. (شرح أثمار، وبيان معنى).

(٤) حيث الخيار لهما، أو للبائع[١]. (قررو). فلا تبطل الشفعة باختياره لتمام البيع؛ لأنه لا يتم[٢] البيع إلا بذلك؛ ولذا قال: (إلا حيث شرطه) أي: الخيار (له) أي: للشفيع (المشتري فقط) فإنه إذا أمضى بطلت شفعته[٣]؛ لأن ذلك إعراض ورضا منه ببطلان الشفعة؛ لأن البيع قد انبرم بمجرده، كما لو كان الخيار للمشتري فإنه يشفع ولا ينتظر انقضاء الخيار، وإذا تراخى بطلت مع العلم، فافهم الفرق. (شرح فتح).

(*) لكن يأتي بهما بلفظ واحد، فيدخل الخيار في الشفعة اقتضاءً؛ لأن ذلك ممكن، وما سواه تراخ[٤] مبطل للشفعة. بخلاف وكيل الشراء فإن الشفعة قبل القبول واقعة قبل الملك فلم تصح. (معيار).

(*) والفرق بين التولي والإمضاء أن المتولي تتعلق به الحقوق، وفيه إبطال للشفعة، بخلاف الممضي والفضولي فلا حق يتعلق بهما يبطل الشفعة. (مفتي).

---

[١] لفظ حاشية السحولي: فلو جعلا أو البائع للشفيع الخيار فأمضى البيع الخ.

[٢] وهو يدل على أنه يصح أن يكون المجعول له الخيار واحداً من جهة البائع والمشتري. (حاشية سحولي لفظاً).

[٣] إلا أن يجهل الشفيع كون إمضائه هنا يبطل شفعته. (شرح أثمار).

[٤] قلنا: لا تراخي في حال الإمضاء[٠]؛ لعدم ثبوتها إلا به. (مفتي).

[٠] وقد تقدم أن له المجلس وإن طال. (قررو).

(و) الخامس: أنها تبطل **(بطلب)** الشفيع **(من ليس له طلبه)** والذي له مطالبته هو المشتري(١)، سواء كان قبل قبض المبيع أم بعده، وأما البائع(٢) فإن لم يكن قد سلم المبيع فله مطالبته، وإلا فلا(٣).

---

(١) والمستقيل. (قرير).

(*) ولو وكيلاً حيث لم يضف. (قرير). لأن الحقوق تعلق به، خلاف الناصر والشافعي. ولا يكون للوكيل أن يسلم المبيع إلى الشفيع إلا برضا الموكل، أو بحكم الحاكم، وإن طلب الشفيع الموكل كان كمطالبة البائع والعدول عن المشتري. (بيان معنى) (قرير).

(٢) أو وكيله.

(٣) **مسألة**: وإذا ثبت البيع بإقرار البائع ثبتت الشفعة، وحكم بها، ولا يحتاج إلى مصادقة المشتري ولا حضوره إذا كان المبيع في يد البائع[١]، وإن كان في يد المشتري فلا بد من مصادقته[٢] أو قيام البينة والحكم عليه.

فرع: وإذا ثبت البيع بإقرار المشتري، فإن أراد تسليم المبيع إلى الشفيع بالتراضي لم يحتج إلى حضور البائع ولا مصادقته، ما لم يخاصم[٣] إذا كان المبيع في يد المشتري، وإن كان في يد البائع فلا بد من مصادقته أو البينة والحكم، وإن أراد أخذه بالحكم[٤] فلا بد من حضور البائع[٥] أو مصادقته. (بيان). حيث هو في يده[٦]. (قرير).

---

[١] لكن يقال: مع إنكار المشتري ما يلزم الشفيع؟ وإذا أقر البائع بقبض الثمن هل يكون -مع إنكار المشتري- ما سلمه الشفيع لبيت المال؟ القياس يكون لبيت المال. (قرير).

[٢] أي: مصادقة المشتري كون المبيع للبائع، ولو ذكر سبب يده، كونه[٠] للبائع وهو عنده رهن أو وديعة أو عارية. (أفاده الشويطر). (قرير).

[٠] لفظ الحاشية في نسخة: ولو ذكر سبب يده من كونه رهناً أو وديعة.

[٣] فإن خاصم وأنكر البيع فالقول قوله، والبينة على المشتري والشفيع. (قرير).

[٤] وكان في يد المشتري، ذكره الفقيهان يوسف وحسن، وهذا إذا كان أخذه بالحكم، وأما بالتراضي فلا يجب وفاقاً. (قرير).

[٥] لأن الحكم عليه لا على المشتري. (برهان).

[٦] **فرع**: وإذا ثبت البيع بعلم الحاكم لم يجب إحضار البائع ولا المشتري[٠]. (بيان بلفظه).

[٠] المذهب لا بد من حضور المشتري[أ] والنصب مع التمرد أو الغيبة على من كان المبيع في يده. (من هامش البيان).

[أ] في هامش البيان: المذهب لا بد من الحضور أو النصب.. الخ.

قال عَلَيْهِ السَّلَامُ: وهذا هو الصحيح من المذهب على ما صححه أبو العباس وأبو طالب لمذهب يحيى عَلَيْهِ السَّلَامُ.

وقال المؤيد بالله: إذا طالب غير المشتري بطلت مطلقاً[١]. وهو ظاهر إطلاق الهادي عَلَيْهِ السَّلَامُ.

وحاصل المسألة: أنه إن طلب المشتري صح طلبه إجماعاً، سواء كان المبيع في يده أم في يد البائع، وإن طلب البائع[٢] فإن كان المبيع في يده فالخلاف المتقدم[٣]، وإن كان في يد المشتري فإن علم بذلك[٤] وعلم أن شفعته تبطل بطلبه[٥] إياه بطلت[٦]. قال عَلَيْهِ السَّلَامُ: ولعله إجماع. وإن ظن بقاءه مع البائع فعلى تخريج المؤيد بالله تبطل، وعلى تخريج أبي العباس لا تبطل، لكن عند أن يعلم يطلب المشتري. وإن علم بكونه في يد المشتري ولكن ظن أن ذلك لا يبطل فعن المؤيد بالله وأبي حنيفة والشافعي: أنها تبطل. وعن الهادي وأبي طالب: لا تبطل.

قال مولانا عَلَيْهِ السَّلَامُ: وهو الصحيح للمذهب[٧].

السادس قوله: **(أو)** طلب **(المبيع بغيرها[٨])** أي: بغير الشفعة، نحو أن يقول:

---

(١) سواء قبض أم لا.

(٢) أو وكيله. (قرير). [حيث لم يضف. (قرير)].

(٣) المختار يصح طلبه. (قرير).

(*) المختار لا تبطل. (قرير).

(٤) يعني: كونه في يد المشتري.

(٥) يعني: بطلب البائع.

(٦) والقول قوله في عدم العلم مع يمينه. (قرير).

(٧) لأن الجهل عذر. (شرح أثمار).

(٨) لأن ذلك تقرير منه لملك المشتري[١]. وسواء كان قبل الطلب للشفعة أم بعده، فإنها تبطل بذلك. (بحر معنى). لأنه رجوع عن الشفعة.اهـ يقال: لا تبطل بعد الطلب إن ادعى أنه ملكه بالشفعة كما في الشرح فتأمل، ذكره في الغاية.

---

[١] وإعراض عن الشفعة. (بيان).

=

«بع مني، أو هب مني هذا الذي أستحق فيه الشفعة»، فإنها تبطل (١) إذا كان عالماً (٢).
ومن هذا القبيل (٣) أن يدعي أن المبيع (٤) ملك له لا بالشفعة، فإن ذلك يبطل شفعته، إلا أن يدعي أنه ملكه بالشفعة (٥) ويصرح بذلك فإنها لا تبطل (٦).

السابع قوله: **(أو)** طلب المبيع **(بغير لفظ الطلب** (٧)**)** المعتبر في طلبها **(عالماً** (٨)**)** بطلت شفعته.

(*) ولو بعد أن شفع بلفظها. (قرير). والوجه في البطلان أنه تقرير لملكه، وإعراض عن الشفعة وتراخ. (كواكب، وبيان).

(١) ولو بعد طلب الشفعة؛ لأن ذلك تقرير لملكه. (قرير).

(٢) بأن شفعته تبطل. (بهران).

(٣) **مسألة**: وطلب الشفعة في الشيء إقراراً بالملك للمشتري، فلا تصح دعوى ملكه من بعد[١]، فإن قدم دعوى الملك فعجز عن تصحيحها فله الشفعة؛ إذ لا تنافي[٢]؛ إذ دعوى الملك ليست إقرارًا ببطلان البيع، كما أن دعوى الوكيل ليست إقراراً لأصله، وهي أيضاً عذر في التراخي عن الشفعة؛ لجهله استحقاقها قبل بطلان الملك. (بحر). وظاهر شرح الأزهار بطلان الشفعة بدعوى الملك. (قرير).

(٤) عالماً بالبيع. (قرير).

(٥) بعد الطلب.

(*) وأما إذا طلبه الشفعة ثم ادعى في المجلس أنه ملكه فإنها لا تصح دعواه الملك[٣]. (بيان).

(٦) ويطلبها بعد ذلك بلفظها. (كواكب) و(قرير). وكان قد طلبها بلفظها المعتبر. (عامر) (قرير).

(٧) حذفه في الأثمار لدخوله في معنى قوله: «طلب المبيع بغيرها».

(٨) ويقبل قوله في الجهل ما لم يكن الظاهر خلافه، كأن يكون من الفقهاء أو مخالطاً لهم.

---

[١] لعله أراد لا تصح الدعوى في المجلس. (قرير). لا في غير المجلس فيصح طلبه للشفعة؛ لجواز خروجه عن ملك المشتري.

[٢] أي: لا تنافي بين دعوى الملك ودعوى الشفعة؛ إذ كل منهما استجلاب للملك، خلا أن الأولى بغير عوض والثانية بعوض. (شرح بحر).

[٣] ولا تبطل شفعته.اهـ وفي شرح الفتح: تبطل؛ لأنه إقرار ببطلان الشراء.اهـ قلت: ولو جاهلاً. (مفتي) (قرير).

=

قال عَلَيْهِالسَّلَامُ: وقولنا: «عالماً» عائد إلى الوجوه الثلاثة[(١)]، فلو كان جاهلاً[(٢)] فيها لم تبطل[(٣)]. ولفظ الطلب هو أن يقول: «أنا أطلبك الشفعة، أو مطالب[(٤)]، أو مستشفع، أو أستشفع[(٥)]»، لا لو قال: عندك لي شفعة[(٦)] أو نحو ذلك[(٧)] فتبطل إلا أن يجهل.

الثامن قوله: **(أو)** طلب الشفيع بعض المبيع بطلت شفعته بطلبه **(بعضه[(٨)] ولو)**

(*) بأن شفعته تبطل. (شرح أثمار).

(١) والفرق بين هذه الثلاثة وغيرها أن هذه الثلاثة متضمنة للبطلان بالتراضي، فاشترط فيها العلم، بخلاف غيرها فهو مبطل بنفسه فلا يشترط. قال في المقصد الحسن بعد كلام طويل: فإن قيل: هذا إبطال بأقوال، ومن شأنها عدم الفرق بين العلم والجهل في إبطال الحق، اللهم إلا أن يقال: إن هذه الأقوال ليست مبطلة بنفسها، ولا تتضمن الإبطال، فنزلت منزلة السكوت والإعراض عن الطلب، من حيث إن الاشتغال ترك لطلب الشفعة في التحقيق، وليست مثل قول السيد لعبده: طلق؛ لأنه متضمن لإجاز النكاح تضمناً قويّاً، والله أعلم.

(٢) ويصدق مع يمينه. (قرير).

(٣) ويصح الطلب بالكتابة كما يصح باللفظ.اهـ لقوله صَلَّىٰاللهُعَلَيْهِوَآلِهِوَسَلَّمَ: ((القلم أحد اللسانين)) ولا يعد ذلك تراخياً؛ لشرعيته، ما لم يعرف منه الإعراض. (قرير).

(٤) أو: أنا شافع إذا كان عرفهم أنه طلب وإن كان لفظه لفظ الخبر. (تعليق القاضي عبدالله الدواري على اللمع) و(قرير).

(٥) فإن قيل: هذا مضارع فيه معنى الاستقبال فالجواب: أن المضارع يحتمل الحال والاستقبال. (مفتي).

(٦) لأن هذا إخبار لا طلب. (صعيتري).

(*) إلا أن يكون قد قيدها بالطلب [فلا تبطل] قبل هذا اللفظ. (قرير).

(٧) مثل: عندك لي مبيع، أو أنا مطالب لك، أو سلم لي ما فيه شفعة، أو أنا أقدم منك به، أو سأشفعك – بطلت (قرير).

(*) نحو أن يقول: هب لي، أو أجره مني أو من غيري، فإن ذلك تقرير لملك المشتري.

(٨) ورد سؤال على سيدنا عبد القادر رَحِمَهُاللَّهُ: لو صولح الشفيع في بعض المشفوع فيه ويترك

=

طلبه(١) **(بها غالباً)** يحترز من أن ....

البعض الباقي للمشتري، هل تبطل شفعته فيه سواء كان عالماً أو جاهلاً أو لا تبطل؟ الجواب: أنها تبطل الشفعة بذلك؛ لأنها كطلب بعض المبيع، ولا فرق عندنا في إسقاط الحقوق بين العلم والجهل[١].اهـ تأمل هذه الفوائد. (قرز).

(*) إذا كان عالماً أن طلب البعض يبطل. (شرح فتح، وشرح أثمار). وقيل: ولو جاهلاً، وهو ظاهر الأزهار؛ ولذا أخره في الأزهار عن قوله: «عالماً».

(*) ولو كان البعض الذي قد خرج عن ملك المشتري بطلت شفعته في البعض الثاني؛ لأنه قرر تصرف المشتري في الذي قد باعه. (بيان) (قرز). فعلى هذا لو طلب له ولزيد[٢] ولم يوكله زيد بطلبها فلعلها تبطل الشفعة، وكأنه طلب بعض المبيع. (قرز).

(*) وكذا إذا كانت متفرقة[٣] لكنه مجاور لها، فإنه يأخذ الكل وإلا ترك.

(١) **وحاصل المسألة**: أن المشتري إن كان واحداً وكان المشترى شيئاً واحداً فليس له إلا أخذ الجميع ولو من جماعة[٤]، وإن كان أشياء فإما أن يكون للشفيع سبب مع كل واحد أو مع أحدهما، إن كان مع كل واحد فليس له إلا أخذ الجميع أو ترك الجميع[٥]، وإن كان مع أحدها فإن كانت متصلة فكذا، خلافاً لأبي حنيفة وابن أبي الفوارس فقالا: يأخذ المتصل به، وإن كانت منفصلة أخذ ما له معه سبب، خلافاً للناصر فقال: يأخذ الجميع. وإن كان المشتري جماعة أخذ نصيب من شاء. (زهور بلفظه).

---

[١] ومثله في البحر، ولفظه: **مسألة**: المؤيد بالله: وإذا عفا عن الشفعة في بعض المبيع فوجوه ثلاثة: يسقط الكل كالقصاص[٠] [ولو أخرج أحد الأسباب التي يستحق به عن ملكه بطلت شفعته في الكل. (قرز)] لا يسقط شيء؛ إذ لا تتبعض. يسقط ذلك القدر، ويستحقها في الباقي. الإمام يحيى: وهو الأصح إذا رضي المشتري بتفريق الصفقة؛ إذ المانع الإضرار به في التفريق. (بحر بلفظه).

[٠] بجامع أن كلا منهما حق لا يتبعض؛ فكان إسقاط بعضه إسقاطاً لكله. (شرح بحر بلفظه).

[٠] واختاره المفتي وسيدنا سعيد الهبل.

[٢] وكذا لو طلب حصته. (قرز).

[٣] فلو أخرج أحد السببين عن ملكه بطلت الشفعة في الكل. (قرز).

[٤] إذا كان بعقد واحد. (قرز).

[٥] فلو خرج أحد الأسباب التي يستحقها بها عن ملكه بطلت شفعته في الكل. (قرز).

=

يشتري شيئين[(١)] صفقة واحدة[(٢)] أحدهما يستحق فيه الشفعة والآخر لا يستحق فيه- فللشفيع أن يشفع[(٣)] فيما يستحق فيه الشفعة -دون الآخر- بحصته من الثمن[(٤)]، سواء تميزت الأثمان أم لا.

وقال الناصر[(٥)]: ليس له إلا أخذ الكل أو الترك.

وإنما تبطل شفعته إذا طلب بعض المبيع **(إن اتحد المشتري)** لئلا يفرق عليه الصفقة، بخلاف ما لو كانوا جماعة فله أن يشفع من شاء منهم، سواء اشتروا لأنفسهم أم لغيرهم[(٦)]، لواحد أم لجماعة. وقال مالك: بل يأخذ الجميع أو يدع.

(ولو) اشترى الواحد[(٧)] **(لجماعة[(٨)])** فليس للشفيع أن يأخذ بعض

(*) الأولى أن يقال: «أو بعضه بها» من غير «ولو». (حاشية سحولي لفظاً).

(١) متباينين، فإن كانا متصلين أخذ الكل وإلا ترك. (بيان) (قرز).

(٢) ومن اشترى دارين مثلاً متلاصقتين في أحدهما سبب شفعة لرجل، فهما كالدار الواحدة لاتصال العرصة، كالمزرعة الواحدة، فيأخذهما معاً أو يتركهما معاً؛ لئلا تفرق الصفقة. (قرز).

(*) فأما لو كانا صفقتين أخذ أيهما شاء ولو اتحد المشتري. (قرز).

(٣) فإن كان له عند كل سبب فليس له إلا أخذ الكل أو الترك.

(٤) قال في الزهور: إلا إذا كان شرى أرضاً قيمتها عشرون مع سبيكة وزنها عشرة بخمسين درهماً، فجاء الشفيع في الأرض فلعله يأخذها بأربعين؛ إذ لو أخذها بحصتها وقع الربا. ومثل معناه في البيان. و(قرز).

(*) ينظر لو لم يكن لهذا الذي له فيه شفعة قيمة إلا بانضمام الآخر إليه؟ قيل: تبطل الشفعة. وفي بعض الحواشي: إذا كان لها قيمة مع الانضمام لا مع الانفراد فما نقص من قيمة الأخرى مع تقويمها منفردة فهو قيمة المشفوع، فيقسم الثمن عليهما. (شامي). وينظر في العكس فما نقص من قيمة الأخرى مع تقويمها منفردة فهو قيمة الأخرى.

(*) منسوباً من القيمة. (قرز).

(٥) حجتنا أن حق الشفعة إنما تعلق بأحدهما فقط. وحجة الناصر: أن الاعتبار بالصفقة فلا يفرقها على المشتري. قلنا: لا سبب في الثانية، فيجوز التفريق. (بستان).

(٦) إذا لم يضيفوا إلى واحد. (قرز).

(٧) ما لم يضف. (قرز).

(٨) بعقد واحد. (قرز).

المبيع(١)؛ لأن المشتري وإن كان وكيلاً لجماعة فالحقوق تعلق به(٢)، فلا تفرق عليه الصفقة **(و)**لو اشترى الواحد **(من جماعة(٣))** فطلب الشفيع البعض بطلت شفعته عندنا(٤)، وعن الشافعي إذا اشترى من جماعة أخذ الشفيع نصيب من شاء من البائعين.

تنبيه: أما لو اشترى فضولي(٥) لشخصين(٦) وأجازا فإن الشفيع يأخذ نصيب من شاء؛ لأن الحقوق لا تتعلق بالفضولي(٧).

(و)التاسع: خروج السبب عن ملك الشفيع، فتبطل شفعته **(بخروج السبب(٨))** المشفوع به إذا أخرجه.......................................

---

(١) ما لم يضف إليهم لفظاً. (قرير).

(٢) إذا لم يضف إليهم. (قرير). وإلا أخذ بحق من شاء. (قرير).

(٣) بعقد واحد. (قرير).

(٤) يعني: بعد القبض، وأما قبله فيصح أن يطلب الشفيع أحد البائعين حصته، فيصح ذلك ويكون له وإن لم يطلب باقي المبيع. اهـ وظاهر الأزهار خلافه. (قرير).

(*) ولو جهل.

(٥) أو وكيل وأضاف لفظاً.

(٦) صفقة واحدة.

(٧) وكذلك الوكيل المضيف لفظاً، لا نية فلا عبرة بها في عدم تعلق الحقوق بالوكيل.

(*) وظاهره ولو بعد القبض[١] من الفضولي.اهـ وقيل: أما بعد القبض من الفضولي وأجازه المالك عالماً فالحقوق تعلق به؛ فلا تصح. (منقولة عن القاضي عبدالله الدواري).

(٨) قيل: ولو عاد إلى ملكه[٢] [بما هو نقض للعقد من أصله]. وقيل: ما لم يعد بما هو نقض للعقد من أصله فإنها تثبت إذا قد قيدها بالطلب.

---

[١] لأنها لا تعلق به الحقوق بعد قبض الشيء إلا الثمن فقط، كما تقدم في البيع في قوله: «غالباً».

[٢] لأنها قد بطلت. (بحر) (قرير). وهو ظاهر الأزهار.

=

(عن ملكه قيل[١]**: باختياره)** إما ببيع أو هبة أو نحوهما **(قبل الحكم**[٢]**)** له **(بها)** ولو قد قيدها بالطلب.

(*) وهذا إذا كان غير المشتري، فأما المشتري[١] فلا تبطل حصته من الشفعة بخروج السبب عن ملكه، ولا تحتاج إلى طلب. (بيان). لأن شراءه كالحكم.اهـ بل كالتسليم طوعاً[٢]. (قرير).

(*) وكذا إذا اجتحفه السيل، ذكره في التمهيد[٣]. وفيه نظر[٤]. (بيان). لأن القرار باق. (شرح فتح).

(*) لأنها لدفع الضرر، وقد زال.

(*) جميعه. (قرير). عالماً أو جاهلاً. (قرير).

(*) أو بعض الأسباب حيث كان المشترى صفقة واحدة[٥] لشخص[٦] واحد، فإذا أخرج بعض الأسباب عن ملكه بطلت مع العلم[٧].اهـ وقيل: تبطل مطلقاً مع العلم والجهل، وهو ظاهر الأزهار.اهـ هذا يستقيم مع تفرق المشترى، والسبب مفترق، وأخرج جميع ذلك البعض. (سماع سيدنا عبدالقادر رحمه الله).

(١) وهذا القيل ألحقه عليه السلام آخر المدة لما ضعف كلام أبي طالب، ولم يزده في شرحه. (نجري).

(٢) أو قبل التسليم طوعاً. (قرير).

---

[١] يعني: حيث اشترى ما له فيه الشفعة.

[٢] فلا يصح التصرف فيه قبل قبضه[٠]. (قرير). ولا منافاة بينهما؛ لأن الشراء ليس كالحكم من كل وجه. (مفتي).

[٠] وإذا كان الشراء فاسداً فلا شفعة، وإذا تلف قبل القبض بطل البيع، وتلف من مال البائع. (وشلي) (قرير). ولفظ البيان: **مسألة**: من اشترى شيئاً له فيه شفعة ولغيره أيضاً كان شراؤه شفعاً في قدر نصيبه [بل في الكل حيث لم يطلب سائر الشركاء] فلا يحتاج طلباً ولو خرج سببه عن ملكه، وأما الغير فيطلب شفعته منه، ويرافعه في نصيبه.اهـ حيث كان في درجته. (هامش بيان) (قرير).

[٣] لأنه لم يبق له إلا حق؛ لأن تخوم الأرض لا تملك.

[٤] قال في البستان: وأما تنظيره لكلام التمهيد فوجهه أنه يملك الأرض مطلقاً ولو زالت الطبقة العليا. قال الوالد رحمه الله: إلا أن يقال: ما بقي من الأرض تحت الذي شفع به حق لا ملك له فيه - استقام الكلام.

[٥] وذلك حيث كان المشترى شيئين متباينين فافهم.

[٦] أو لجماعة والمشتري غير مضيف. (سيدنا علي رحمه الله) (قرير).

[٧] ولو مع التفريق. (بيان) (قرير).

قال عليه السلام: وقولنا: «باختياره» احتراز من أن يخرج عن ملكه بغير اختياره، كالقسمة بالحكم فإنها لا تبطل شفعته، وهذا قول أبي طالب، ويأتي مثل هذا لو باعه الحاكم لقضاء دينه، أو نفقة زوجته، أو شُفِع(١) ما يستشفع به(٢).

وقال المؤيد بالله: إن الشفعة تبطل بخروج السبب، سواء خرج باختياره أم بغير اختياره(٣).

قال في شرح الإبانة: أما لو باع بعض السبب لم تبطل شفعته إجماعاً، وكذا لو كان جاراً وخليطاً فباع الخلطة شفع بالجوار(٤).

(و)العاشر: أنها تبطل الشفعة **(بتراخي)** الشفيع(٥) **(الغائب(٦))** عن مجلس العقد(٧) **(مسافة ثلاث(٨) فما دون)** فإن كانت مسافة غيبته فوق الثلاث

---

(١) عليه. (شرح بهران)

(٢) يعني: مع الحكم للشفيع الثاني.

(*) بأن يقوم شفيع في السبب الذي طلب به الشفعة.

(٣) وقواه النجري.

(*) وهو ينتقض لو مات وقد طلب، وكلام أبي طالب مطرد به. (صعيتري).

(*) واختاره المهدي أخيراً.

(٤) في غير المبيع.

(*) وهل يحتاج تجديد طلب أم الأول كاف[١]؟ ينظر. قال الفقيه يوسف: لا يحتاج، بل الأول كاف. (شامي). ومثله في حاشية السحولي. ونقل عن حثيث: لا بد من طلب غير الأول.

(٥) أو من يقوم مقامه. (قرير). [مستقيم مع العلم بتراخيه].

(٦) عالِمًا.

(٧) صوابه: عن مجلس المشتري[٢]. (قرير).

(٨) ينظر لو كان المشتري خارجاً عن الثلاث، لكن المبيع في يد البائع وهو حاضر، هل يطلب الشفيع البائع على الفور أو لا يضر تراخيه لكون المشتري فوق الثلاث؟ ينظر.اهـ قيل: تبطل، وهو يظهر من الحاشية المعلقة على قوله: «مسافة ثلاث» كلام المفتي. (سماع سيدنا محسن الشويطر).

---

[١] ما لم يخصص، كأن يقول: «أنا طالب بالخلطة» فتبطل. (قرير).

[٢] من له طلبه. (قرير).

=

لم تبطل شفعته بالتراخي(١) عن الطلب(٢) والتوكيل به، ذكره في الزوائد(٣) عن التفريعات، وإن كانت ثلاثاً فما دون بطلت بتراخيه، سواء كان في البلد أم خارجها.

وقال الفقيه علي: لا فرق(٤) على المذهب بين قرب المسافة وبعدها، لكن إن بعدت مقدار ما يجوز معه الحكم على الغائب نصب الحاكم وكيلاً عن المشتري إن كان ثم حاكم(٥).

(*) من موضع المشتري. والمراد من له طلبه من بائع[١] أو مشتر[٢]. (مفتي).

(*) فلو كانت مسافة غيبته فوق ثلاث ثم قرب حتى لا يكون بينه وبين المشتري إلا قدر ثلاث فدون، أو المشتري قرب إلى الشفيع كذلك - تجدد وجوب الطلب على الشفيع، فإذا لم يطلب بطلت شفعته، كما قالوا في التكفير في الصوم: لو كان بينه وبين ماله مسافة ثلاثة ثم قرب إلى ماله أو قرب ماله إليه لم يجزئه الصوم، وكذا هنا. (تهامي) (قرير).

(*) أيام. (شرح أثمار). وفي البيان: مراحل، كل مرحلة بريد.اهـ وقيل: المعتاد بسير الإبل. (قرير).

(*) واعتبار الثلاث يناسب أصل المؤيد بالله، وقد بنى عليه أهل المذهب هنا وفيما سيأتي في الكفارة.

(*) من موضع المشتري. (قرير).

(١) ولو علم بالبيع. (قرير).

(٢) وهكذا لا تبطل لو جهل المشتري أو جهل موضعه حتى تراخى بعد العلم به وكون موضعه في الثلاث فما دون. (حاشية سحولي) (قرير).

(٣) الزوائد لأبي جعفر، والتفريعات لولده، ولا حرج أن ينقل عن ولده؛ لجواز أنها طالت مدته.

(٤) قوي. (عامر). وسيأتي مثله في إطلاق الأزهار في قوله: «ويحكم للموسر ولو في غيبة المشتري». (شامي).

(٥) فعلى هذا تبطل شفعته إذا تراخى عن طلب الشفعة إلى الحاكم، ذكره في الكواكب.

---

[١] حيث المبيع في يده. (قرير).

[٢] أو وكيله، أو الجار حيث حكم له بالشفعة قبل الخليط فإن له مطالبته. (قرير).

=

وإنما تبطل إذا تراخى **(عقيب[١] شهادة[٢])** كاملة على العقد فإن شفعته تبطل **(مطلقاً[٣])** أي: ظاهراً وباطناً **(أو)** تراخى عقيب **(خبر يثمر الظن[٤])**

(*) قال في تعليق الدواري على الإفادة: إن هذا حكم على الغائب، وهو جائز عندنا، خلاف أبي حنيفة، ويقرب أن يكون الحكم كذلك إذا بلغ الشفيع خبر البيع لما له فيه الشفعة، وكان المطلوب منه الشفعة غائباً - أن يرافع إلى الحاكم، وينصب عنه ويحكم، ولا يحتاج إلى ظاهر ما ذكره أصحابنا من السير والإشهاد على الطلبِ والسيرِ إذا كانت الغيبة يسوغ الشرع الحكم معها، ويحمل كلام أصحابنا على أن الغيبة يسيرة لا يحكم فيها على الغائب. (دواري).

(*) فإن لم يكن ثمة حاكم بطلت ولوكان أكثر من ثلاث.

(١) **مسألة**: ولا تبطل الشفعة بتراخي الشفيع قبل العلم بالبيع، أو بقدر الثمن، أو جنسه، أو بعين المشتري؛ إذ قد يكون له غرض في أخذها أو تركها بحسب اختلاف ذلك، فجهله عذر، ومتى علم ذلك بطلت بتراخيه إلا لعذر، ككونه في صلاة فريضة. (بحر بلفظه).

(٢) عدداً وعدالة، لا لفظاً. (قرر).

(*) ولعله يعفى له المجلس ما لم يعرض، كما لو وقع البيع وهو في مجلس العقد. ظاهر كلامهم أن الغائب يطلب فوراً عقيب أن يبلغه الخبر، وإلا بطلت شفعته، بخلاف الحاضر لمجلس المشتري أو نحوه فإنه يعفى له المجلس ما لم يعرض، فينظر ما الفرق؟ فالذي ذكره المحشي قريب من جهة القياس. (حاشية سحولي لفظاً).

(*) وفي البيان ما لفظه: وأما في ظاهر الشرع فلا يبطل حقه بالتراخي إلا بعد خبر عدلين أو رجل وامرأتين.

(٣) سواء حصل له ظن أم لا. (شرح هداية).

(٤) ظاهر إطلاق الأزهار لا يشترط عدالة المخبر ولو صغيراً أم كبيراً أم كافراً مع حصول الظن. (قرر).

(*) وللمشتري تحليفه؛ لأنه إذا أقر بالظن عن خبرهم وتراخى بطلت شفعته. (حاشية سحولي) (قرر).

(*) ولا تلحقه الإجازة إذا طلبها فضولي. (شفاء غلة الصادي) (قرر).

بطلت شفعته **(ديناً فقط)** أي: فيما بينه وبين الله تعالى، لا في ظاهر الحكم فلا تبطل(١)، فمتى تراخى **(عن الطلب(٢))** بلسانه(٣) **(والسير(٤))** بنفسه **(أو البعث)** برسول(٥) عقيب أن يبلغه خبر الشراء بطلت شفعته.

قال عليه السلام: وفي المسألة أربعة أقوال:

الأول: قول أبي العباس، وهو ما ذكرنا: أنه يطلب بلسانه(٦) ويشهد عليه(٧)، ويخرج لطلب المشتري.

---

(١) إلا بخبر عدلين أو رجل وامرأتين. (قرير).

(٢) وهذا حيث علم مَنْ المشتري، وصحةَ العقد، وقدرَ الثمن وجنسَه ونحو ذلك. والقول له مع يمينه.

(٣) ولو وحده. (شرح فتح). وفائدة الطلب بلسانه حيث هو وحده أنه إذا طلبه المشتري اليمين أن قد طلب وحلف فيمينه صادقة. (منقولة).

(*) وقد نظره إمامنا المتوكل على الله عليه السلام، وقال: لا فائدة في الطلب بلسانه في غير وجه المشتري، ولا تبطل بتركه ذلك الطلب في غيبة المشتري.

(٤) ويعفى له قدر شد رحله وتغليق الباب وحفظ متاعه. (قرير).

(*) المعتاد، ولا يجب عليه صعود الجبال والمقارب وركوب الخيل. (قرير).

(٥) أو وكيل[١]. ولعل الكتاب إلى المشتري يقوم مقام الرسول. (قرير).

(٦) لأجل اليمين.

(٧) لا يحتاج. (قرير).

(*) لم يذكر الإشهاد. قال النجري: والعمدة على ما في الأزهار عن أبي العباس، لا على ما في الشرح كما قال عليه السلام حين سألته، وأمر بإصلاح الغيث حيث قال: الأزهار على ظاهره، والشرح يحتاج إلى إصلاح، قال: وكذا في كثير من المواضع يحتاج إلى إصلاح لا سيما في الجزأين الأخيرين، وإنما أمر بالإصلاح لتعذره عليه في ذلك الوقت. (شرح حميد).

(*) فعلى هذا قول الأزهار قول خامس؛ لأنه لم يشترط المرافعة والإشهاد، واشترط الطلب والسير أو البعث.

---

[١] **فـرع**: وإذا وكل الشفيع غيره بالطلب فطلب ثم أنكر المشتري توكيله فالبينة على الشفيع بالتوكيل. (بيان). لأن الأصل عدمه، وإلا حلف له المشتري ما يعلم ذلك منه، ذكره في البرهان. (بستان).

وقال أبو حنيفة: إنه يطلب بلسانه ويشهد على ذلك إن حضر الشهود، وإلا خرج لطلب الشهود، ولا يجب الخروج لطلب الشفعة.

وقال أبو طالب: يطلب ويشهد على الطلب، ويخرج ويشهد على السير. ولم يذكر الطلب بلسانه إن كان وحده.

وقال المؤيد بالله: إنه لا يجب إلا الخروج، دون الطلب[١] ودون الإشهاد.

واعلم أنه عند أن يظفر بالمشتري يطلب الشفعة، ثم يرافعه[٢]، ولا يستغني بالطلب المتقدم.

واعلم أن التراخي إنما يبطل الشفعة إذا كان **(بلا عذر موجب[٣])** فأما لو كان ثم عذر، نحو الخوف من عدو أو سبع أو عسس[٤] لم تبطل، فأما مجرد الوحشة[٥] ومشقة المسير بالليل إذا بلغه الخبر فيه فليس بعذر[٦].

---

(١) وقواه في البحر والمفتي والشامي، وصدَّره في الأثمار، وهو المعمول عليه. (عامر). وقرره المتوكل على الله.

(٢) وقال الهادي والقاسم والناصر والمنصور بالله: لا تجب المرافعة. (قرير).

(*) على قول أبي العباس.

(٣) فأما لو كان معذوراً بما يجب عليه القيام به من تمريض أو نحوه ولم يمكنه بنفسه ولا أمكنه البعث، هل يكون هذا من العذر المبيح للتراخي فلا تبطل به الشفعة؟ الظاهر أنه كذلك. وعدم المحرم للمرأة عذر عن الطلب بنفسها، إلا أن تجد رسولاً. (حاشية سحولي) (قرير).

(*) ومن العذر التمريض وعدم المحرم. (قرير).

(*) وهو الضرر، كما يأتي في الإكراه. (قرير).

(٤) الحرس.

(٥) بفتح الواو. (ضياء).

(٦) ويجب السير ليلاً حيث جرى به عرف، وإن لم يجر العرف لم يجب، ذكره ابن راوع[١] وقرره، وسواء بلغه الخبر ليلاً أو نهاراً[٢].

---

[١] قال الشكايذي: السير في الليل غير معتاد فلا يجب. وقواه الشامي والحماطي.

[٢] فالعبرة بالعرف. (قرير).

=

وقال المنصور بالله: بل مجرد الوحشة عذر[١]. وعلى الجملة أن المعتبر في العذر هو ما يعتبر في باب الإكراه، فعلى قول المؤيد بالله ما يخرجه عن حد الاختيار[٢]. قال الفقيه علي: وعلى قول الهدوية يعتبر الإجحاف[٣].

نعم، وحد التراخي المبطل أن يبلغه خبر البيع وهو في عمل فأتمه[٤] إن كان إتمامه **(قدراً يعد به متراخياً[٥])** نحو أن يكون في قطع شجرة، أو خياطة ثوب، أو شرع في نافلة، أو في فريضة والوقت متسع[٦]، أو نحو ذلك **(فلو أتم نفلاً[٧] ركعتين أو قدم التسليم[٨]** ....

(*) لعل الواجب هو الخروج ولو لم يسر؛ لأن العادة لم تجر بالسير ليلاً لذلك.

(١) لعل المنصور بالله أراد من كان قلبه ضعيفاً يتولد عليه من الوحشة ضرر، [ويجعل هذا تلفيقاً] فيرتفع الخلاف حينئذٍ. (غيث).

(٢) وهو الحياء.

(٣) والصحيح أنه خشية الإضرار. قال في البحر: ما تبطل به أحكام العقود.

(٤) أو استمر فيه. و(قرر). وإن لم يتمه. (قرر).

(٥) بعد أن طلب بلسانه. (قرر).

(٦) يعني: حيث يدرك المشتري في الوقت ويفعلها. (هداية). فلو كان لا يظفر بالمشتري إلا وقد خرج الوقت جاز له التقديم ولو في أول الوقت. (غيث) (قرر).

(٧) ويقرأ المعتاد، فلو طول فيها أكثر من المعتاد فلعلها تبطل. وظاهر الأزهار الإطلاق.

(*) ولو صلاة التسبيح. (قرر).

(*) فلو كان في صلاة التسبيح أتمها على صفتها. وقيل: يتم ركعتين. (قرر).

(٨) اللفظي، لا العرفي. وقيل: لا فرق. (قرر).

(*) التحية المعروفة، لا غيرها مما اعتيد[1]. (بيان). وقرر أنه لا فرق؛ لأنه يجب الرد؛ لعموم قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حُيِّيتُم بِتَحِيَّةٍ﴾ [النساء٨٦]. (قرر).

(*) قال الإمام يحيى: ولا تبطل بمجيء الشفيع إلى الحاكم قبل طلبها من المشتري؛ إذ هو يفزع لطلب الحق. (شرح أثمار). وعن سيدنا عامر: أما مع الجهل فلا تبطل، وإلا بطلت. (قرر).

---

[١] كصباح الخير ومساء الخير.

أو فرضاً تضيق(١) **لم تبطل)** وأما صلاة الفريضة إذا بلغه الخبر وهو فيها فإنه يتمها بسننها(٢) ولا تبطل شفعته.

قال الفقيه علي: ولو بلغه وهو في الثالثة من النافلة الرباعية سلم عليها، وإلا بطلت(٣) إن أتم.

وقال المؤيد بالله والمرتضى(٤): إن الشفعة تبطل بتقديم السلام على المشتري(٥)، ولا فرق بين أن يكون مبتدئاً أو راداً.

---

(١) أي فرض كان، من رد وديعة أو إنقاذ غريق أو قضاء دين.

(*) وأما الوضوء فيتمه بسننه كالصلاة.اهـ وقيل: الواجب فقط. وصريح شرح الفتح أنه يعفى عن التطهر ولا تبطل الشفعة بتمامه.اهـ وظاهر الأزهار أنه لا يتم الوضوء، فإن أتمه بطلت الشفعة، ويفرق بينه وبين النافلة بأنها تبطل بالخروج منها، بخلاف الوضوء. (قرر).

(*) اضطراري، وهو ما يسع خمس ركعات. (مفتي). أو اختياري على القول بوجوب التوقيت. (قرر).

(*) وينظر لو بلغه الخبر وقد سمع النداء في يوم الجمعة، لعله يكون عذراً؛ لأنه يجب عليه المصير إلى الجمعة. (نجري) (قرر).

(*) وفي عطف الفرض على النفل تسامح؛ لأن مراده ابتداء الفرض مع تضيق وقته، وفي النفل بلغه وقد دخل، ولو ابتدأه بطلت، فهما متغايران.اهـ يقال: هذا معطوف على قوله: «أو قدم التسليم» فلا إشكال. (إملاء شامي).

(*) فإن كان مستمعاً للخطبة وهو ممن لا يجوز له الانصراف لم تبطل بسكوته حين بلغه، إلا أن يجوز له الكلام عند[١] سكوت الخطيب طلب بلسانه، ويعفى له انتظار تمام الخطبة والصلاة. (حاشية سحولي) (قرر).

(٢) الداخلة فيها، وسجود السهو؛ لأنه كالجزء منها.

(٣) قوي. وفي التفريعات: لا تبطل.

(٤) والأستاذ.

(٥) قيل: والوجه أنه دعاء له بالأمان[٢]. لنا قوله ﷺ: ((السلام قبل الكلام))، وقوله ﷺ: ((من بدأ بالكلام قبل السلام فلا تجيبوه)) قالوا: إنه إعراض. قلنا: لا نسلم. قالوا: تراخي. قلنا: لا يعد تراخياً كلبس الثياب، والانتعال، وإتمام غسل الجنابة. (بستان).

---

[١] وهذا على القول بأن الفصل ليس منها، إلا أن يكون خطيباً طلب. (قرر).

[٢] وقد قال ﷺ: ((السلام أمان لذمتنا وتحية لملتنا)).

(فصل): في بيان ما لا تبطل به الشفعة

(و)إذا مات المشتري فالشفيع على شفعته **(لا تبطل بموت المشتري**(١) **مطلقا**(٢)**)** سواء مات(٣) قبل المطالبة أم بعدها. قال الفقيه علي: ويطلب الشفيع الوصي(٤) أو أحد الورثة(٥) بالشفعة وإبطال القسمة.

(ولا) تبطل بموت **(الشفيع**(٦) ....

---

(١) ونحوه الردة. (قرر). [مع اللحوق، وكذا الجنون. (قرر)].

(*) إجماعاً؛ إذ لم يفصل الدليل. (بحر).

(*) **مسألة**: ومن اشترى شقصاً فأوصى به لشخص، ثم مات وحضر الشفيع فهو أولى به؛ لتقدم حقه على الوصية، والثمن للورثة لا للموصى له؛ إذ لم يوص له إلا بالعين لا ببدلها. (بحر لفظاً).

(٢) فإن كان المشتري لا وارث له طلبها من ولي بيت المال، ويسلم له الثمن. (سماع) (قرر).

(٣) لأن الدليل على ثبوت الشفعة لم يفصل بين أن يكون المشتري حياً أو ميتاً؛ ولأنها لدفع الضرر عن المال فلا تبطل بموت المشتري. (بستان).

(*) وإذا مات وقد طلب فالشفعة للورثة حسب الميراث، وإن مات قبل الطلب فعلى عدد الرؤوس.اهـ وعن حثيث: على حسب الميراث مطلقاً، سواء مات قبل الطلب أو بعده. وقواه المتوكل على الله عليه السلام والسحولي. (قرر).

(٤) أو الإمام أو الحاكم حيث لا وصي. (قرر).

(٥) حيث لا وصي. (مفتي) (قرر).

(*) وهل يكفي تسليم أحد الورثة وكذا الوصي أم لا؟[١] في تعليق الفقيه علي إشارة إلى أنه يكفي. وقيل: لا يكفي.

(*) وإن كانوا كباراً فلا بد من طلب الجميع.اهـ المختار ولو كباراً. (قرر).

(٦) وهل يكفي طلب أحد الورثة لهم جميعاً؟ لعله لا يكفي، بل لا بد من الطلب من كل واحد منهم[٢].

---

[١] قيل: يصح التسليم.

[٢] أو التوكيل منهم لواحد. (قرر)

بعد الطلب(١) **أو)** مات **(قبل العلم**(٢)**)** بالبيع(٣) **(أو)** قد علم ولم يتمكن من الطلب لعذر(٤) ثم مات قبل **(التمكن**(٥)**)** فإن الشفعة(٦) حينئذٍ تورث.

---

(١) ولا يحتاج الوارث إلى تجديد طلب.اهـ وإذا أبطل أحد الورثة الشفعة فلا تبطل على الباقين[١]. لا إذا طلبها أحدهم استحق بقدر حصته على عدد الرؤوس[٢] إذا لم يكن قد طلبها الموروث، وإن كان قد طلبها كانت على قدر الإرث، وإذا أبطلها بعد بطلت بقدر حصته، وأما سائر شركائه فلا تبطل عليهم، لكن يأخذون الكل؛ لئلا تفرق الصفقة. (قرر).

(٢) **سؤال**: أخوان بينهما موضع، فباع أحدهما حصته من غير أخيه، ثم مات الأخ قبل علمه بالبيع، فهل يرث الشفعة أخوه الذي هو البائع -لكونها تورث- أم لا؟ الجواب والله الهادي: أنها تثبت له بواسطة أخيه. (أحمد بن علي الشامي).

(٣) أو جهل المبيع، أو الثمن، أو المشترى له. (قرر).

(٤) غير الإعسار. (قرر).

(٥) والقول قوله.

(٦) ولا يقال: إن هذه المسألة مبنية على عدم بطلانها بخروج السبب عن ملكه، كما ذكره أبو طالب، بل هي وفاقية؛ ولذا نص عليها الهادي ونصره المؤيد بالله؛ لأن الوارث مقرر لاستحقاق الميت، ومؤكد له، فهو كالخليفة له، فلذا جعل أبو طالب الموت حجة على عدم بطلانها بالقسمة، وظاهره أن المؤيد بالله وأبا طالب يتفقان فيها، وإنما المراد ببطلانها بخروج الملك مع بقاء الشفيع، لا بنفس الموت كذلك، ولأنها موضوعة لدفع الضرر عن المال فأشبهت رد المعيب كما مر، وقد تؤول ما أفهمه كلام الهادي عليه السلام من أنها تبطل بالموت قبل الطلب بما ذكره أبو طالب، وبأنه حيث قد جرى منه ما يبطلها، كالتراخي، فافهم. (شرح فتح).

(*) فإن قيل: كيف تصح الشفعة للورثة ولم يكن السبب في ملكهم حال البيع؟ قلنا: بنى هنا على أن خروج السبب لا يبطل الشفعة؛ لأنهم أخذوها بالميراث، وقد ذكره أبو مضر، وهو قول أبي طالب كما تقدم. (صعيتري). تأمل؛ لأن الوارث خليفة له[٣]، وقد ذكره في شرح الفتح بالمعنى، فحق الوارث متصل بحق الموروث. (قرر).

---

[١] بل للثاني أن يأخذ الكل؛ لئلا تفرق الصفقة.

[٢] وعن سيدنا إبراهيم حثيث أنها على الحصص مطلقاً، مات قبل الطلب أو بعده. وقواه المتوكل على الله. (قرر). إذ هم وارثون له، ولا ملك لهم وقت البيع.

[٣] خاص هنا. (قرر).

وقال المؤيد بالله وأبو حنيفة: إنها لا تورث مطلقاً(١).

(ولا) تبطل **(بتفريط الولي**(٢) **والرسول**(٣)**)** نحو أن يتراخى ولي الصبي(٤) عن الطلب من غير عذر، أو رسول(٥) الغائب - لم تبطل الشفعة.

قال أبو مضر: إلا أن تكون عادة الرسول(٦) التفريط والتراخي بطلت الشفعة

---

(١) لأن الشفعة عندهم من باب التروي، فأشبهت خيار الرؤية فلا تورث.اهـ وظاهر كلام الهادي عليه السلام، وأطلقه في الزوائد عن القاسم، ونصره المؤيد بالله للهادي: أنها تورث بشرط طلب الشفيع قبل موته. والمختار في الكتاب تحصيل أبي طالب للهادي عليه السلام، وهو قول مالك والشافعي. (زهور معنى).

(٢) فإن كان الحظ للصبي في تركها لم يجز للولي طلبها، ولا يجوز له التصريح بتركها وإبطالها حيث يكون الصلاح والحظ في الطلب، ويجوز له السكوت في الصورتين، وإن كان الأولى له الطلب حيث الحظ والصلاح فيها، وأما الوجوب فلا يجب عليه طلب الشفعة[١] بحال للصغير وإن كان صلاحه وحظه فيها؛ إذ ليس على الولي إلا حفظ مال الصغير لا استدخال الملك له، ولا فرق بين عدم المال فيما قدمنا أو وجوده. (دواري).

(*) ولا تبطل بردة الشفيع بعد البيع، فإن طلب كان موقوفاً[٢]: فإن رجع إلى الإسلام تمت الشفعة، وإن لحق بدار الحرب بطلت عليه، وأما الوارث فإن لم يطلب فلا حق له، وإن طلب بقيت موقوفة حتى يلحق مورثه بدار الحرب، فإن لحق صحت، وإن رجع إلى الإسلام بطلت شفعة الوارث[٣]. (قرير).

(٣) أي: الوكيل. (قرير).

(٤) أو المجنون.

(٥) وهو وكيل. (بيان).

(٦) بل لا تبطل ولو علم أنه يتراخى.اهـ وقيل: تبطل بتراخيه بعد علمه أن رسوله تراخى. (كواكب) (قرير).

---

[١] وقيل: يجب عليه؛ لأن فيه دفع ضرر [وإلا أثم؛ لأن ذلك دفع ضرر فلا يبطل ولايته] بخلاف الشراء فلا يجب؛ لأنه لا يجب عليه طلب المصلحة للصغير، ذكره في البحر والبستان.

[٢] كسائر عقوده قبل اللحوق بعد الردة.

[٣] وقد تقدم تحقيق هذه على قوله: «إلا لكافر على مسلم»، فخذه من هناك.

بتراخيه(١) إذا عرف المرسل(٢) ذلك منه.

فأما إذا سلم الولي أو تراخى لمصلحة(٣) الصبي أو لعدم ماله(٤) بطلت شفعة

---

(١) وأما لو لم يتراخ لم يكن إرساله له تراخياً؛ فلا تبطل. (قرير).

(٢) أو عرف تفريطه بعد الإرسال وتراخى. (قرير).

(٣) فلو اختلفا هل سلمه لمصلحة أم لا فالقول للصبي أنه سلم لغير مصلحة. (تذكرة). وأما المال فالبينة على الصبي أنه ترك وله مال. (قرير). إلا أن يكون الصبي ممن ظاهره اليسار فالقول قوله. (مقصد حسن) (قرير).

(*) اعلم أن الصبي إذا بلغ فاختلف هو والمشتري فلا يخلو حالهما من وجوه ثلاثة: الأول: أن يختلفا هل سلم الولي أم لا، فههنا القول قول الصبي وفاقاً؛ لأن الأصل عدم التسليم، فإن شهد الشهود بالتسليم فظاهره الصلاح عند المؤيد بالله، ولو أراد الصبي يقيم بينة بعدم الصلاح احتمل أن لا تقبل؛ لإنكاره التسليم. الثاني: أن يتفقا على التسليم لكن اختلفا هل هو لمصلحة أم لا، فعند الهادي الظاهر عدم الصلاح، وهو الذي ذكره المؤيد بالله في التجريد، وعند المؤيد بالله -وهو الذي ذكره في الشرح- أن الظاهر الصلاح. ويأتي على قول أبي طالب في البيوع أنه يفصل بين الأب وغيره، وهذا قول المنصور بالله، ذكره في المهذب، قال: وإذا ادعى الأب أنه سلم ثمن المشفوع من ماله فالقول قوله. الثالث: أن يتفقا على أنه سكت، واختلفا هل السكوت لمصلحة أم لا، فهاهنا القول قول الصبي اتفاقاً، ذكره الفقيه يحيى البحيبح، وهو ظاهر. قال الفقيه يحيى البحيبح: ولو خاصم الولي بعد سكوته، وقال: سكت لعدم المصلحة[١] - فالقول قوله؛ لأنه لا يعرف إلا من جهته. (زهور، وغيث).

(*) **مسألة**: وإذا كان الشفيع مريضاً وأمكنه الخروج للطلب أو التوكيل به ولم يفعل بطلت شفعته، خلاف أحد قولي الشافعي. (بيان بلفظه).

(٤) بناء على أن الإعسار غير مبطل للشفعة، وهو قول القاضي زيد. وقال ابن أبي الفوارس: بل هو مبطل، وهو الذي يأتي في قوله: «ولا للمعسر وإن تغيب» إلخ، فتكون المبطلة أحد عشر. (قرير).

(*) لا حكم للتراخي؛ إذ هي باطلة لعدم المال. (قرير).

---

[١] هذا لفظ الغيث، وفي الزهور: سكت لغير مصلحة.

الصبي، ولم يكن له أن يطالب بها إذا بلغ.

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: يصح تسليم الأب مطلقاً.

وقال محمد وزفر: لا يصح التسليم مطلقاً.

(ولا) تبطل **(بالتقايل**[1]**)** بين البائع والمشتري **(مطلقاً)** أي: سواء تقايلا قبل الطلب أو بعده[2]، بل لو كان قد أبطل شفعته عادت له بالتقايل، لأنه بيع في حقه[3]، لكن يطلب المستقيل[4]؛ لأنه كالمشتري، فإن طالب المقيل -وهو المشتري الأول[5]- فعلى الخلاف؛ لأنه كالبائع[6]. وحيث لم تبطل الشفعة قبل الإقالة يكون ذلك كما لو تنوسخ المبيع، فيطلب من شاء من المقيل والمستقبل.

قال عليه السلام: ولا يشترط[7] أن تكون الإقالة بعد قبض المشتري؛ لأنهم لم

---

(١) والفرق بينهما أن في الطرف الأول ذكر أن مجرد إيقاعهما لا يمنع الصحة، وفي الطرف الثاني وهو قوله: «ويمتنعان بعده» - يعني: أنه لا يصح وقوعهما ونفوذ صحتهما، وهو يفرق بين الإيقاع والوقوع، فالإيقاع: مجرد اللفظ فقط، والوقوع: هو نفوذه وصحته. (مفتي).

(٢) مبني على أنه قد كان طلب ثم أبطلها ثم تقايلا بعده، فتثبت الشفعة. (قرر).

(*) ووجهه أنه سيأتي أنها تمتنع الإقالة بعد الطب، ولعله مبني على أنه قد كان طلب ثم أبطلها، ثم تقايلا بعده، فتثبت الشفعة. (قرر).

(*) شكل عليه، ووجهه: أنهما يمتنعان بعده.

(*) ولعله حيث كان الشفيع قد أبطل شفعته.اهـ وإلا فهي تمنع الإقالة. بل مراده لا تبطل بالتقايل سواء صح أم لا، فلا وجه للتكلف. (شامي).

(*) لعله بعد إبطالها. (قرر).

(٣) إذا وقعت بلفظها، وكانت بعد القبض.

(٤) وهو البائع.

(٥) ليس إلا مشتر واحد، ولعله نزل المستقيل كالمشتري.

(٦) ولو كان هو المستقيل. (قرر).

(٧) ولعل كلام الإمام مبني على أن الشفيع قد أبطل شفعته قبل الإقالة، وإلا فالعقد الأول يوجب الشفعة. وقيل: لا فرق، لكنه بعد بطلانها بالشراء يطلب المستقيل. (قرر).

يعتبروا قبولها في المجلس مع كونها بيعاً في حق الشفيع، فكذلك لا يعتبرون القبض في حقه.

وقال أبو جعفر: هي قبل القبض[(١)] بيع فاسد[(٢)]، فلا شفعة فيه. وعن أبي طالب: أنها قبل القبض فسخ بالإجماع.

قال مولانا عليه السلام: ولعل الإجماع فيما عدا حق الشفيع.

(ولا) تبطل الشفعة **(بالفسخ[(٣)])** بين البائع والمشتري إما بعيب أو غيره من

---

(١) من المشتري.

(٢) قلنا: الثمن هنا معلوم، بخلاف الفاسد فهو مجهول؛ لاختلاف المقومين.

(٣) ما لم يكن من جهة البائع. (قرير).

(*) **فرع**: فلو باع رجل نصيبه في أرض مع خيار له، ثم باع شريكه نصيبه لا بخيار في مدة خيار الأول- فلا شفعة للمشتري الأول عند انبرام العقد؛ لتأخر ملكه[١] عن العقد. (بحر). وأما البائع فتثبت له الشفعة حيث الخيار لهما أو للبائع، ويكون فسخاً بينه وبين المشتري. (قرير). وفي البيان[٢] خلافه، وهو إن استقر له الملك كان على شفعته.

(*) هذا إذا فسخ المشفوع فيه، فأما لو قابله مبيع ثم فسخ ذلك بعيب أو رؤية[٣] أو فقد صفة- بطلت الشفعة[٤]. (كواكب). وكذا لو تلف المقابل بطلت الشفعة قبل القبض. وقيل: لا تبطل. و(قرير).

(*) إلا أن يتفاسخا للغبن الفاحش صح الفسخ ولو بعد الطلب. (قرير). يقال: لم ينفذ العقد حيث ثم غبن فليس بفسخ؛ لأنه راجع إلى خيار الإجازة، فهو موقوف.

---

[١] قلنا: بالانكشاف. (مفتي).

[٢] ولفظه: **مسألة**: وما بيع بشرط الخيار ثم بيع المجاور له، فإن شفع به من له الخيار صحت شفعته، فإن كان هو المشتري تم البيع، وإن كان هو البائع بطل البيع، وإن لم يشفع من له الخيار بطلت شفعته[٠] إن استقر له الملك، وإن استقر للثاني كان الثاني على شفعته، خلاف ما في البحر[٠٠]. (بيان بلفظه).

[٠] مع العلم كما قيل في جهل تأثير التراخي. (قرير).

[٠٠] فقال: لا شفعة له.

[٣] بحكم في الصفة والعيب.

[٤] وقيل: لا تبطل. (قرير).

=

رؤية أو شرط(١)، إن كان **(بعد الطلب(٢))** للشفعة، وإن كان قبل الطلب بطلت(٣).

وقال في الكافي: لا تبطل في الخيارات الثلاثة، سواء كان الرد قبل الطلب أم بعده.

وقال الفقيه يحيى البحيبح: التحقيق على قول الهدوية أنه لا فرق بين الرد قبل الطلب(٤) وبعده في الخيارات كلها(٥)، لكن يعتبر اعتبار آخر، وهو أن يقال: في

(*) ينظر لو فسخ المبيع بحكم بعد الطلب هل تبطل الشفعة؛ لأن الحكم لا ينقض إلا بقاطع، ولا قاطع مع خلاف الفقيه يحيى البحيبح فيشكل.اهـ ظاهر الأزهار أنه يبطل الحكم، وهو مخالف لما يأتي فينظر. (سماع شامي). وهذا الإيراد منه عليه السلام. وقيل في الجواب: إن حكم الحاكم بالفسخ لا يبطل الشفعة إذا كان الفسخ من حينه، لا من أصله. وقيل: لا يبطل مطلقاً، سواء كان من حينه أو من أصله. (من خط سيدنا علي بن أحمد رحمه الله) (قرير).

(*) إلا أن يكون الفسخ في الثمن، كأن يشتري داراً بعبد، فشفع في الدار، فرد عليه العبد - فإنه يصح الفسخ، ذكره في التذكرة. وقال الفقيه يوسف: لا تبطل. (بيان معنى). قال في البرهان: ولعله أقرب. (بستان بلفظه).

(١) حيث الشارط للخيار هو المشتري.

(٢) ولو الطلب الذي تقيد به الشفعة مع الغيبة.اهـ وقيل: بعد الطلب إلى وجه المشتري فقط.

(*) فإن تقارنا فالفسخ، فإن التبس[١] فالظاهر عدم الشفعة؛ لأن الأصل عدم الطلب. وقيل: الأصل اللزوم فتثبت.

(٣) هذا كلام القاضي يوسف، وهو المختار في الكتاب، ولعل المراد إذا كان الفسخ بأي الخيارات الثلاثة، لا بتراضيهما فلا تبطل ولو قبل الطلب. (بيان).

(٤) يعني: أنه يصح.

(٥) يعني: أنها تبطل. [فتصح الخيارات].

---

[١] فالفسخ، وإن علم ترتيبهما ثم التبس صحت الشفعة؛ لأن الأصل بقاء العقد وصحة الشفعة. (شامي) (قرير).

الرد بالرؤية تبطل(١) ولو بغير حكم، وكذا خيار الشرط إن كان مجمعاً عليه(٢)، وأما في رد المعيب فإن رد بحكم بطلت(٣)، لا بالتراضي، وكذا خيار الشرط إن كان مختلفاً فيه(٤).

(و) الإقالة والفسخ جميعاً **(يمتنعان بعده(٥))** أي: بعد طلب الشفيع الشفعة، فلا يصحان(٦).

(ولا) تبطل **(بالشراء لنفسه(٧))** ما له فيه شفعة، ....

---

(١) الشفعة؛ لأنه إبطال لأصل العقد.

(٢) والمجمع عليه: أن يكون الشرط مقارناً، وأن تكون مدته ثلاثاً، وأن يكون للمشتري لا لغيره.

(٣) لأنه إبطال لأصل العقد.

(٤) حيث كان لأجنبي، أو فوق ثلاث.

(٥) يقال: «غالباً» احتراز من أن يكون الفسخ لغبن فاحش في عقد الوكيل[١] أو الفضولي لم يمتنع، بل يثبت الفسخ وتبطل الشفعة.

(*) لأن فيهما إبطال حق قد ثبت للشفيع بعد عقد البيع، فلا يصحان.اهـ يقال: ما وجه الامتناع في الإقالة؟ يقال: الوجه أن الهادي عليه السلام قال: لا يحل للبائع وقد علم مطالبة الشفيع أن يقيل المشتري. (تعليق الفقيه حسن).

(*) بل يبقيان موقوفين، فإن بطلت الشفعة صح التفاسخ. (قرير).

(*) إلا أن يكون التفاسخ للغبن الفاحش فإنه لا يمنع الفسخ إذا كان متصرفاً عن الغير.

(٦) أي: لا ينفذان[٢]، وإلا فهما يصحان إذا بطلت الشفعة. (قرير).

(٧) أو وهب له، أو ورثه، أو أوصى له بما له فيه الشفعة، ويشاركه باقي الشفعاء. وصورته: أن يهب المشتري للشفيع ذلك المبيع بعد أن طلب الشفعة، وكذلك سائرها. (بستان) (قرير). ويكون الثمن للمشتري[٣] أو يكون للورثة؛ لأنه لم يهب ولم يوص إلا بالعين. (قرير).

---

[١] لأنه خيار إجازة.

[٢] بل يبقيان موقوفين.

[٣] ما عدا الموهوب له فقد استحقها.

=

بل شراؤه استشفاع[(١)]، ويشاركه باقي الشفعاء[(٢)].

قال الفقيه يحيى البحيبح: ولا يحتاج إلى طلب[(٣)] ولا حكم، ذكره المؤيد بالله وأبو جعفر؛ لأنه قد ملك.

وعن مالك والشافعي: إذا شرى ما له فيه شفعة بطلت شفعته[(٤)].

(أو) اشترى **(للغير[(٥)])** ما له فيه شفعة بالوكالة من الغير لم تبطل شفعته.

(*) في الصعيتري: «وشراؤه شفعة» يعني: أنه كالحكم له بالشفعة، وهذا ذكره في شرح الإبانة عن عامة أهل البيت، والوجه: أن الشراء قصد إلى تمليكها من جميع الوجوه، والشفعة وجه من وجوه التمليك، فدخلت تحت الشراء. (مفتي). فإذا كان الشراء فاسداً فلا شفعة، وإذا تلف قبل القبض بطل البيع، وتلف من مال البائع. (وشلي).

(١) وقد صحت هنا بغير لفظها.

(٢) **مسألة:** إذا اشترى ثلاثة أو أربعة شيئاً لهم فيه الشفعة، ثم جاء الشفيع شفع عليهم - استحق نصف ما في يد كل واحد، فيكون له النصف، وللمشترين النصف حيث لم يشفعوا[١] على بعضهم بعضاً، وإلا كان على الرؤوس. (سماع). [مع الشفعة على بعضهم بعضاً. (قررو)].

(*) يعني: يشاركه من هو في درجته. (قررو). لا من هو دونه.

(*) الذين في درجته. (ذويد) (قررو).

(٣) ولو خرج السبب عن ملكه. (قررو).

(٤) لأنه لا يثبت للإنسان على نفسه حق. (بحر).

(٥) ووجهه: أن شراءه للغير لا يقتضي أن يسلم المبيع، بل إنه يتسلم، بخلاف ما إذا باع ما له فيه شفعة.

(*) وكذا الضمانة بالثمن قبل البيع لا تبطل بها. وأما بعده فالضمانة إعراض. (قررو).

(*) والفرق بين الشراء والبيع أنه في البيع يقتضي أن يسلم كما مر، وهذا يقتضي أن يتسلم. (شرح فتح).

(*) بالوكالة أو بالولاية. (قررو).

---

[١] حيث كان كل واحد له سبب الشفعة فيما شراه الآخر وطلب كانت على الرؤوس.

وعن أبي حنيفة: تبطل. **(و)**إذا شراه للغير[١] وجب أن **(يطلب نفسه[٢])** قال الفقيه يحيى البحيبح: ويشهد على الطلب[٣]، ولا يحتاج مرافعة[٤]؛ لأنه لا يناكر نفسه. قال الفقيه علي[٥]: والقياس أنه لا يحتاج إلى إشهاد[٦].

قال مولانا عليه السلام: وإنما يطلب نفسه حيث كان وكيلاً[٧] أو ولياً؛ لأن الحقوق تعلق به، بخلاف ما إذا كان فضولياً[٨] فإنه يطلب الأصل[٩]، وكذا من قال: إن حقوق العقد لا تعلق بالوكيل[١٠]. **(ولا يسلم إليها[١١])** أي: ليس له أن يسلم إلى نفسه[١٢]، وإنما يملك المشفوع فيه بالحكم[١٣] أو تسليم الموكل.

---

(١) ولم يضف.

(٢) وإن ناكر المشترى له الطلب بيّن به المشتري [الوكيل. (نخ)]. (قررو).

(*) عقيب الشراء في المجلس قبل الإعراض. (قررو).

(*) فيقول: «أنا شافع فيما شريت». (هداية).

(٣) لسقوط اليمين على التراخي.

(٤) عند أبي العباس.

(٥) إن كان الأزهار على كلام أبي العباس فالقوي كلام الفقيه يحيى البحيبح، وإن جعلناه قولاً خامساً فالمقرر كلام الفقيه علي. (قررو).

(٦) لأنه لا يناكر نفسه.

(*) ولا مرافعة.

(٧) ولم يضف. (شرح فتح). (قررو). [فإن أضاف طلب الأصل. (قررو)].

(٨) أو وكيلاً وأضاف. (شرح فتح).

(٩) بعد الإجازة. (قررو).

(١٠) وهو الناصر والشافعي.

(١١) لأنه بمثابة الحكم لنفسه. (حاشية سحولي).

(١٢) لأن الإنسان لا يستحق على نفسه حقاً. (بحر).

(١٣) فإن تعذر جاز أن يسلم لنفسه للضرورة. (مفتي، وحثيث). ولو قيل: يرافع نفسه إلى من صلح لم يبعد. (قررو).

(فصل): في بيان ما يجوز للمشتري فعله في المبيع، وما على كل واحد منهما لصاحبه

(و)الذي يجوز **(للمشتري قبل الطلب**[(١)] **الانتفاع**[(٢)]**)** بالمبيع **(والإتلاف**[(٣)]**)** لأنه ملكه، ولا يثبت للشفيع فيه حق[(٤)] حتى يطلب[(٥)]، وهذا قول المؤيد بالله، ومثله عن الناصر.

وقال أبو العباس: ليس له ذلك بعد العلم بأن الشفعة مستحقة[(٦)].

وقال الشافعي وأبو يوسف: إنه يجوز له فيه جميع التصرفات[(٧)] حتى يحكم الحاكم للشفيع.

(لا بعده[(٨)]**)** أي: لا بعد الطلب فليس للمشتري أن يتصرف[(٩)] فيه بوجه.

---

(١) أو بعده ولم يعلم.

(٢) هذا يستقيم في غير المنقول، وكان الشفيع جاراً، أو منقولاً وكان قسمته إفرازاً. (قرير).

(*) في غير الخليط. (شرح فتح) (قرير).

(٣) حسّاً. (قرير). وكذا حكماً. (قرير).

(٤) المراد فيما تقدم الحق العام، وهنا الخاص الذي يمنع المشتري من التصرف، بخلاف ما تقدم.

(٥) يقال: فإن قلت: أليس قد قلت في أول الكتاب: هي الحق السابق لملك المشتري، وقلت هنا: هو لا يثبت للشفيع حق حتى يطلب؟ قلنا: هناك هو الحق العام، وهنا هو الحق الخاص الذي يمنع المشتري من التصرف وغيره. (شامي). وفي بعض الشروح: يريد في أول الكتاب[١]: لم يثبت له في المبيع حق مؤكد مستقر يحرم الانتفاع بعده، فأما الحق السابق فهو لا يمنع من الانتفاع، كما في ولاية الحقوق من الإمام كما تقدم.

(٦) يعني: في الإسلام. (زهور).

(٧) بعد الطلب عندهما.

(٨) إلا لعذر كما يأتي، كعدم جنس الثمن. (قرير). ولفظ حاشية: ما لم يكن مثلياً وعدم في الناحية فإنه يجوز الانتفاع حتى يوجد، كما سيأتي في قوله: «وعليه مثل المثلي».

(٩) إلا لعدم الثمن كما يأتي. (قرير).

---

[١] بل هنا تأمل.

قال الفقيه محمد بن سليمان: فيأثم(١) إن قطف الثمار(٢) بعد الطلب(٣) عند المؤيد بالله.

(لكن) المشتري وإن كان عاصياً بالتصرف بعد الطلب **(لا ضمان)** عليه **(للقيمة(٤) ولو أتلف(٥))** المبيع **(ولا أجرة)** عليه **(وإن(٦) استعمل(٧) إلا)** أن

---

(١) إلا أن يخشى الفساد. (قرير). فلا إثم.

(٢) التي[١] شملها العقد أو كان خليطاً. (شامي) (قرير).

(٣) مع العلم. (قرير).

(٤) فلو كان المشفوع مثلياً وأتلفه هل يغرم مثله أو تبطل الشفعة؟ لم يذكر عليه السلام جواب ذلك في الشرح، ولعل الظاهر أنها تبطل؛ لأن الشفعة إنما تكون مع بقاء المبيع. (نجري) (قرير). وقيل: بل يلزم مثله.

(*) لأنه لم يفوِّت على الشفيع إلا حقاً غير مضمون؛ ولذلك لو رجع شهود إسقاطها بعد الحكم به إلى أنها لم تسقط لم يضمنوا شيئاً. (معيار).

(*) **فائدة**: اعلم أن جهالة قدر الثمن مبطلة للشفعة، فلو باع بدراهم معلومة، وصبرة[٢] من طعام لم يعلم قدرها - بطلت الشفعة، وقد تجعل هذه حيلة في إسقاط الشفعة. ومن جملة الحيلة هبة جزء من المبيع مشاع فإنها تبطل شفعة الجار وصاحب الطريق وصاحب الشرب، لا الخليط. (قرير). [وكذا لو استثنى جزءاً ملاصقاً للسبب فلا حق للسبب. (قرير)].

(*) وحذف المؤلف قوله: «للقيمة» لأنه يتوهم أنه يضمن مثل المثلي، وليس كذلك؛ لأن الشفعة قد بطلت. (شرح أثمار). ولفظ الأثمار: «ولا يضمن وإن تلف».

(٥) حساً. (قرير). لا حكماً، [كما يفهمه الأزهار، والجاري على القواعد، فيشفع الشفيع فيما قد استهلك حكماً. (قرير)].

(٦) لا فائدة للواو هنا. [الواو للحال فلا اعتراض].

(٧) لأنه لم يكن للشفيع حينئذٍ إلا مجرد حق، والحقوق لا تضمن. (غاية).

---

[١] وقيل: سواء شملها العقد أم حدثت من بعد؛ لجواز أن يحكم بها وهي متصلة.

[٢] معلومة العين مجهولة القدر، ثم يتلفها أحدهما، أو يخلطها بغيرها قبل معرفة قدرها. (بيان بلفظه) (قرير).

يتصرف في المبيع **(بعد الحكم**(١) **أو)** بعد **(التسليم**(٢) **باللفظ)** (٣) فإنه يضمن قيمة ما أتلف وأجرة ما استعمل؛ لأن الشفيع قد ملكه حينئذٍ.

(وللشفيع الرد(٤) ....

---

(١) لكنها بعد الحكم تكون في يد المشتري كالأمانة على ما سيأتي، فيضمن الجناية والتفريط، والأجرة إذا استعمل، سواء تلف أو سلمه إلى الشفيع. ولو سلمت باللفظ فقط كانت كالمبيع، فإن استعمل وقبضها الشفيع رجع عليه بالأجرة على الأصح، خلاف الوافي، كما قال في البائع إذا استعمل قبل التسليم، وإن تلفت عند المشتري فلا ضمان للعين ولا للأجرة كالمبيع، فإطلاق الأزهار متأول. (حاشية سحولي) (قرر).

(*) بالشفعة.

(*) مطلقاً قبض أم لا. (قرر).

(٢) أما بعد التسليم بالتراضي فلا يضمن، لأنه كتلف المبيع قبل قبضه.

(*) يعني: إذا كان بعد القبض من الشفيع. (قرر). وإلا فكتلف المبيع قبل التسليم، فلا هو ولا منافعه. (قرر).

(٣) والقبض.

(٤) وحاصل ذلك: أن للشفيع الرد على المشتري بخيار الرؤية والعيب إن كان التسليم بالتراضي، وإن كان بالحكم لم يكن له الرد بالرؤية[١]؛ لأنه دخل في ملكه بغير اختياره، وله الرد بالعيب. وأما المشتري إذا أراد الرد على البائع فإن سلم المبيع بالحكم ورد عليه بالحكم كان له الرد بالعيب، سواء كان المشتري قد علم به أم لا، ما لم يحصل منه رضا، وإن كان التسليم بالتراضي وكان جاهلاً: فإن رد عليه بحكم كان له الرد، وإن كان بالتراضي بطل الرد، واستحق على البائع الأرش فقط. وأما خيار الرؤية فقد بطل سواء سلم بالتراضي أو الحكم، وسواء رد بحكم أو تراض[٢]. وأما خيار الشرط فهو باطل في حق الشفيع مطلقاً، وأما المشتري فإن سلم للشفيع بالتراضي في مدة خياره فقد بطل، وسواء رد بحكم أو تراض، وإن سلم بحكم فإن رد عليه بالتراضي لم يكن له الرد، وإن رد عليه بالحكم وكانت مدة الخيار باقية كان له الرد، وإن قد مضت لم يكن له الرد. (سعيد الهبل) و(قرر). والصحيح أنه لا فرق مضت المدة أم لا أن له المراد؛ لأنها مضت وهو غير متمكن من الرد. اهـ قرر كلام الهبل مع ما علق عليه. (سيدنا حسن) (قرر).

---

[١] وعن الإمام المتوكل على الله: أنه يرد مطلقاً. و(قرر).

[٢] بل يرد حيث سلم بحكم ورد بحكم. (سماع سيدنا حسن) و(قرر).

=

بمثل ما يرد(١) **به المشتري)** فله أن يفسخ بخيار العيب(٢) وبخيار الرؤية(٣)، وسواء كان العيب حادثاً مع المشتري أم مع البائع، وإذا رده الشفيع بالعيب(٤)

(*) سواء أخذه بالحكم أو بالتراضي فالرد ثابت. (إملاء المتوكل على الله إسماعيل). (قررر).

(١) قال في البيان: فإن رده الشفيع على المشتري بعيب حدث عند المشتري فلا شيء للمشتري على البائع، وإن رده بعيب حدث عند البائع فكذا إن كان قد علم به المشتري[١] قبل الحكم للشفيع، وإن لم يكن قد علم به فإن رده بحكم فللمشتري رده على البائع، وإن رده بالتراضي لم يرده المشتري، بل يرجع بالأرش على البائع. (بيان بلفظه).

(*) وحاصل المسألة: إما أن يسلم المشتري بالتراضي أو بالحكم، إن كان بالتراضي كان الشفيع كالمشتري في جميع الأحكام: في الرد بالرؤية والعيب، وإن سلم بالحكم كان له الرد بالرؤية والعيب، وأما المشتري إذا أراد أن يرده على البائع فإن سلم المبيع بالحكم، ورد عليه بالحكم أو بالرؤية - كان له الرد بخيار الرؤية والعيب والشرط في مدته، وإن سلم بالتراضي وجهل العيب ورد بحكم كان له الرد، وإن لم يرد بحكم كان له الأرش، وأما خيار الشرط فقد بطل في حق الشفيع مطلقاً. (مفتي) (قررر).

(٢) **فـرع**: فلو كان الشفعاء جماعة فرد بعضهم بالعيب ورضي الآخرون كانوا كالمشترين سواء[٢]. (بيان). إن كان التسليم بالتراضي، لا بالحكم فلا يلزم إلا أخذ حصته. والقياس في خيار الرؤية أن يأخذه الراضي جميعاً[٣]، والفرق بينهما وبين المشتريين أن كل واحد منهما في البيع لا يستحق إلا بعضه، وهنا له أخذ الكل لولا شريكه، فإذا بطل حقه ثبت للراضي. (قررر).

(*) مطلقاً.

(٣) أو فقد الصفة. (حاشية سحولي).

(*) حيث سلم بالتراضي، لا بالحكم.

(٤) **فرع**: وإذا رضي الشفيع بالعيب الذي من عند البائع فللمشتري قبل أن يرضى به الرجوع على البائع بأرشه، فيحط للشفيع بقدره من الثمن، ذكره في شرح البحر[٤] والمصابيح .اهـ إن سلمت بالحكم مطلقاً، أو بالتراضي قبل العلم. (قررر).

---

[١] ورضي به. (قررر). أو ما يجري مجرى الرضا، أو سلمه بالتراضي. (هامش بيان) (قررر).

[٢] قال الوالد: ويرجع من رضي بنصيبه بأرش العيب في نصيب من رده، وقد أشار إليه بقوله: «سواء». (بستان بلفظه).

[٣] اللهم إلا أن يكون الرد بعد القبض استحق نصيبه؛ إذ قد حصل الملك. (قررر).

[٤] وقد تردد فيه. (بيان معنى).

أو الرؤية[١] فهل للمشتري رده على[٢] البائع؟ لابن أبي الفوارس احتمالان[٣] في خيار الشرط كما سيأتي[٤].

قال الفقيه محمد بن يحيى: وهكذا يأتي الاحتمالان[٥] إذا رد الشفيع بعيب أو رؤية.

وفي الكافي: إذا رد الشفيع بالعيب القديم فللمشتري رده على البائع[٦] أو أخذ الأرش[٧].

(إلا) خيار **(الشرط[٨])** فلا يثبت للشفيع، لكنه إذا شرطه لنفسه[٩] بطلت شفعته[١٠] كما تقدم[١١]، وأما إذا شفعه في مدة خيار المشتري فقال الوافي، وصححه القاضي زيد لمذهب يحيى عليه السلام: إنه يبطل[١٢] الخيار، فلا يكون له الرد[١٣].

---

(١) أو فقد الصفة. (قرير).

(٢) وقد قيل في ضابط ذلك: إن سلم بحكم ورد بحكم فله أن يرد، وإن سلمه بالتراضي ورد بالتراضي فليس له أن يرد، إلا أن يجهل العيب حال التسليم فله الرد مطلقاً علم أو جهل، ما لم يسلم الشفيع بالتراضي؛ لأنه تصرف في المبيع، لأن الرد بالرؤية كالحكم. (مفتي) (قرير).

(٣) أصحهما يرد حيث أخذ بالحكم ورد بحكم. (قرير).

(٤) بالحكم. (قرير).

(٥) أصحهما يرد حيث أخذ بالحكم ورد بحكم. (شامي) (قرير). ما لم يحصل ما يبطل به الخيار. (قرير).

(٦) حيث رد عليه بحكم. (قرير).

(٧) حيث رد بالتراضي. (قرير)

(٨) يعني: إذا كان الخيار للمشتري فلا يكون للشفيع مثل ما كان له من الخيار.

(٩) أو لغيره. (قرير).

(١٠) ولو كان جاهلاً.

(١١) في قوله: «ويبطل الصرف والسلم إن لم يبطل في المجلس والشفعة».

(*) قيل: ولو كان جاهلاً؛ لأنه يكون كالتسليم. (قرير).

(١٢) حيث رده بالتراضي. (قرير).

(١٣) أي: الشفيع .اهـ أي: لا يكون الخيار للشفيع كما للمشتري.

وقال أبو طالب: بل يكون له من الرد ما كان للمشتري. وكذا ذكر المؤيد بالله.

وإذا قلنا: إن للشفيع فيه الخيار فرده ففي بطلان رد المشتري إلى البائع احتمالان(١) لابن أبي الفوارس.

(و)إذا جاء الشفيع(٢) وقد قاسم المشتري(٣) فله **(نقض(٤) مقاسمته(٥))** سواء كانت بحكم أم بغير حكم.

وقال في الكافي: إنها لا تنقض مطلقاً. واختار في الانتصار أنها إن وقعت بحكم لم تنقض(٦)، وإلا نقضت. ومثله ذكره الفقيه محمد بن سليمان.

(و)إذا جاء الشفيع(٧) وقد وقف المشتري المبيع على مسجد أو غيره أو أعتقه فله أن ينقض **(وقفه(٨))** ....

---

(١) أصحهما الرد حيث كان بالحكم. (بحر). وأخذ بحكم، والخيار باق، وإلا فلا. (قرير).

(٢) أو وارثه. (قرير).

(٣) أو وارثه.

(٤) ولا بد أن يكون النقض بحكم أو اتفاق مذهب. (مفتي) (قرير).

(٥) وقسمته.

(*) لأن حقه سابق لملك المشتري. (بيان).

(*) وصورة المسألة: أن يكون الشفيع جاراً وقد أبطل الخليط شفعته، ثم تقاسم هو والمشتري، فإن للشفيع الجار نقض مقاسمته، أو تقريرها ويأخذ ما استقر بالقسمة للمشتري ولو متبايناً. (كواكب). لأنه كالمقاسم عنه. (قرير).

(*) أو تقريرها.

(٦) إلا أن يقع غبن على الشفيع. (كواكب[١]).

(٧) أو وارثه. (قرير)

(٨) والفوائد في الوقف للموقوف عليه. (بيان). الحاصلة بعد الوقف وقبل الحكم بالنقض، وكذا في البيع والهبة. ولا يكون له النقض إلا بحكم -لأجل الخلاف- أو اتفاق مذهب. (مفتي) و(قرير).

---

[١] لفظ الكواكب: ولعل هذا الخلاف حيث لم يقع غبن في القسمة على الشفيع، فأما حيث فيها غبن عليه فله نقضها وفاقاً.

وعتقه[(١)]**)** وفي أحد قولي المنصور بالله: أن المسجد والقبر[(٢)] لا ينقضان[(٣)].
وعن الشيخ أبي طالب[(٤)]: أنه لا ينقض العتق[(٥)].

---

(١) ما لم يكن المشتري رحماً في جميع الأطراف. وظاهر الأزهار ولو ذا رحم، وعتق على المشتري حتى يطلب الشفيع شفعته. و(قرير). [والثمن للمشتري، ولا شيء عليه حيث نقض الشفيع ما فعله في الكل. (بيان) (قرير)].

(*) **فرع**: فلو رجع المشتري عن العتق ثم أبطل الشفيع شفعته لم يبطل العتق؛ لأنه قد كان تم من جهة المشتري، وكان المانع له حق الشفيع، فإذا سقط صح العتق، خلاف أبي مضر. قال الفقيه يوسف: وكذا في سائر تصرفاته. (بيان) (قرير).

(*) ويكون ما سلم الشافع للواقف أو وارثه كما قالوا في مسألة الوصية: إن الموصى له لا يستحق ثمن الموصى به، بل يكون للورثة. (قرير).

(*) أو وصيته.

(*) اعلم أن ما كسبه العبد بعد عتق المشتري وقبل شفعة الشفيع - فإن أبطل الشفيع شفعته كان ما كسبه العبد له، وإلا يبطل الشفيع شفعته فللمشتري[١]؛ لأن العتق لم يتم. (قرير).

(٢) قوي إذا كان قد دفن فيه، فإن دفن في بعضها كان له الشفعة في الباقي بحصته من الثمن. وإذا قبر المشتري في المبيع ثم قام الشفيع وحكم له بالشفعة، ثم سبع الميت - هل يحكم به للمشتري؛ لأنه لم يحكم للشفيع إلا بغيره، أم للشفيع؛ لأن حقه متقدم؟ الجواب: أنه للمشتري؛ لأنه استهلكه بالقبر، كما لو فعل في ملك الغير، ولأنا لم نحكم على الشفيع بجميع الثمن، بل أسقطنا عنه حصة القبر، فسبعته لا توجب عوده للشفيع، بل هو للمشتري. وعن سيدنا عبدالقادر التهامي: بل يبقى موقوفاً حتى يسبع الميت أو يخدده السيل. (قرير). وعن الهبل: أن الأرض تعود للشفيع؛ لأنها إنما بطلت الشفعة لكونه حال بينه وبينها (هبل). ويرد ما أخذ من قيمة الحيلولة. (مفتي).

(٣) قبل الدفن.

(٤) ولد أبي جعفر صاحب الكافي.

(٥) فلو كان المشتري لبعض العبد رحماً له فلعله يأتي على هذا الخلاف، هل يعتق عليه عقيب الشراء أو لا يعتق حتى تبطل شفعة الشريك. (بيان). بل يعتق عليه، لكنه موقوف على صحة الشفعة أو بطلانها، فإذا بطلت الشفعة نفذ العتق، وإذا مات أو قتل قبل الحكم أو التسليم طوعاً فله حكم الحر. (قرير).

---

[١] بقدر حصته. (قرير). والشفيع بقدر نصيبه.

(و)له نقض **(استيلاده**[١]**)** وقال المنصور بالله[٢]: لا يبطل الاستيلاد[٣].

واختلف[٤] المذاكرون هل الولد يشبه الثمرة[٥] أو يشبه الزرع[٦]؟ فقال الفقيه يحيى البحيبح: هو[٧] كالثمرة. واختاره في الانتصار. وحكي عن الفقيه محمد بن يحيى أنه كالزرع[٨]، واختاره الفقيه حسن في تذكرته. وتوقف الفقيه محمد بن سليمان.

---

(١) قيل: ما لم يكن الشفيع ابناً. (تهامي). وظاهر الأزهار الإطلاق، ومثله عن عامر. و(قرر).
لأن ماءه محصن بملك البعض، بخلاف أمة الابن الخالصة، وقد ذكر معناه في الزهور.
(*) ولو شفع الابن أباه.
(*) يقال: لو رد الشفيع الأمة المشفوعة بعد استيلادها هل تصير أم ولد للمشتري إذا ردها بما هو نقض للعقد من أصله كالعيب بحكم؟ أجيب: بأنها أم ولد؛ لأنها ولدت في ملكه. (قرر).
(*) ولا مهر؛ إذ وطئ في ملكه. (بحر) (قرر). يعني: مهراً كاملاً، بل حصة شريكه فقط. (شرح بحر).
(*) ولو الواطئ الأب للذي [الذي (نخ)] شرى الجارية.
(٢) وأنه استهلاك ولا ينقض، بل يضمن للشريك قيمة نصيبه في الأمة وولدها. (كواكب).
(*) وجعله أقوى من العتق؛ لأن فيه حرية الولد. (غيث).
(٣) بل يستهلكها المشتري، وتبطل الشفعة، ويضمن قيمة نصيبه.
(٤) وفائدة الخلاف أنه إذا شبه بالثمرة كان جميعه للشفيع، وإن شبه بالزرع كان بينهما نصفين، ووجه تشبيهه بالزرع أن الأم كالأرض التي يوضع فيها البذر. ووجه تشبيهه بالثمرة: أنه خلق من مائها كما خلقت الثمرة من الشجرة. والأظهر تشبيهه بالثمرة كما ذكره الفقيه يحيى البحيبح؛ لأن أهل المذهب كثيراً ما يفسرون الفوائد الأصلية بالولد والثمرة، وهو الذي اخترناه في الأزهار. (غيث بلفظه).
(٥) فيكون للشافع.
(٦) فيكون للمشتري؛ لأنه من الفوائد الفرعية.
(٧) قوي. (ع).
(٨) المباح يكون للمشتري.

وحاصل الكلام في الولد(١) أنه لا يخلو: إما أن يكون موجوداً(٢) حالة العقد(٣) أو لا، إن كان موجوداً استحقه الشفيع مع أمه(٤)، سواء حكم له بالشفعة متصلاً(٥) بأمه أم بعد انفصاله. وأما إذا لم يكن موجوداً فلا يخلو: إما أن يكون من المشتري أو من غيره(٦)، إن كان من غيره(٧) فإن حكم بالشفعة وهو متصل كان جميعه للشفيع(٨)، سواء شبه بالزرع أم بالثمرة. وقال الفقيه حسن: إذا شبه بالثمرة كان جميعه للشفيع، وإن شبه بالزرع(٩) كان بينه وبين المشتري نصفين(١٠). وأما إذا حكم له بالشفعة وهو منفصل(١١) فإنه يكون بينهما نصفين(١٢)، سواء شبه بالزرع(١٣) أم بالثمرة.

---

(١) الشفيع مع أمه.

(*) إن كان من نكاح أو من زنا، وإن كان من وطئ شبهة كان التفصيل في قيمة الولد التي تلزم الواطئ. (كواكب) (قرير).

(٢) نحو: أن تشتري الجارية وهي مزوجة. (أم).

(٣) عقد البيع.

(٤) لأنه من جملته؛ إذ يشفع الأصل بالأصل، والفرع بالفرع. (قرير).

(٥) وهو متصل.

(٦) ولو كان من المشتري حيث يكون زوجاً واشتراها، وذلك لتقدم حق الشفيع. (قرير).

(٧) غلطاً أو زنا.

(٨) لأنه كالزرع المباح الذي ينبت بغير إنبات.

(٩) المباح.

(١٠) وهذا فيه نظر، والصحيح أنهم هنا يتفقون على أنه لا يشبه بالزرع، بل بالثمرة؛ لأن وجه التشبيه بالزرع حيث هو من مائه، كالزرع الذي هو من بذره، وها هنا الماء لغيره، فأشبه ما لو نبت الزرع بغير منبت أو من بذر مباح، فيكون كالثمرة عند الجميع. (صعيتري) (قرير).

(*) إذا كان حصته النصف.

(١١) وهو من غيره.

(١٢) بل على قدر الملك. (قرير).

(١٣) لأنه لم يشمله العقد.

وأما إذا كان الولد من المشتري فقد عتق(١)، لكن إن حكم وهو متصل ضمن المشتري للشفيع(٢) جميع قيمته(٣) إن شبه بالثمرة(٤)، وحصته إن شبه بالزرع(٥)، وإن حكم وهو منفصل ضمن له نصف قيمته(٦) إن كان له النصف، سواء شبه بالزرع أم بالثمرة.

قال الفقيه حسن(٧): وإذا حكم بالولد للمشتري حيث يكون منه، وكان في البطن - حكم عليه بأجرة الجارية(٨) حتى تضع.

---

(١) بل هو حر أصل بالدعوة. اهـ وقيل: ليس بحر أصل؛ لأنه قد مسه الرق.

(*) نحو أن يشتري زوجته والنكاح باق حتى تبطل الشفعة، ولو طالت المدة ولو لم يطلب الشفيع، نحو أن يكون غائباً أو صغيراً صح فسخه. اهـ وفي حاشية السحولي ما لفظه: ولو شرى حصة في زوجته بطل النكاح بملكه بعضها، فلو شفع فيها ملكها الشفيع، ولم يعد النكاح إلا بتجديد. (قرير).

(٢) ما لم يكن الشفيع رحماً في جميع الأطراف. (قرير).

(٣) يوم وضعه.

(٤) عند الفقيه يحيى البحيبح.

(٥) عند الفقيه محمد بن يحيى.

(٦) يوم وضعه.

(٧) قوي. يعني: حيث حكم بعتقه، وذلك حيث يكون منه. (قرير).

(٨) لعله أجرة حاضنة.اهـ وقيل: لا شيء؛ لأنها لم تجر العادة بذلك. (مفتي).

(*) لأنه كمن وضع أحمالاً في أرض الغير. وقيل: لا شيء؛ لأنه غير متعد. فإن لم تجر العادة بتأجيرها فلا شيء على المشتري.

(*) قيل: يحتمل أن الأجرة هي قدر ما نقص من منافعها مدة الحمل[١]، وقيل: قدر النفقة مدة ذلك. (حاشية سحولي).

---

[١] يعني: أجرة المنفعة، ويعرف ذلك بأن ينظر كم بين منفعتها حاملاً وغير حامل. والمختار أنه لا أجرة؛ لأنه لم يجر العرف بإجارتها، وإلا لزم في وطء الغلط والثماني المتقدمة. قلنا: ملتزم حيث تعطلت منافعها أو بعضها. (مفتي).

[١] وقيل: من يوم الحكم أو التسليم طوعاً. (قرير).

=

(و)له نقض **(بيعه**[١]**)** وجميع تصرفاته. وقال ابن أبي ليلى: إنه لا يبطل شيء من ذلك[٢].

(فإن تنوسخ[٣]**)** بأن باعه المشتري من غيره، ثم باعه ذلك الغير، واختلفت الأثمان أو اتفقت، ثم جاء الشفيع **(شفع بمدفوع**[٤]**من شاء)**.

واعلم أن العقود كلها موجبة للشفعة[٥]، فإذا أخذ بالبيع الأول[٦] فقد

(*) من بعد الطلب. وقيل: بعد الحكم أو التسليم طوعاً. (قرز).

(١) **مسألة**: من اشترى شقصاً فأوصى به لشخص، ثم مات وحضر الشفيع فهو أولى به؛ لتقدم حقه على الوصية، والثمن للورثة لا للموصى له؛ إذ لم يوص له إلا بالعين لا ببدلها. (بحر بلفظه) (قرز).

(*) حيث باع قبل الطلب. وقيل: لا فرق. (قرز).

(٢) وتبطل الشفعة. (كواكب).

(٣) قبل الطلب أو بعده. (قرز).

(*) وكذا لو تنوسخ بعض المبيع شفع في المتناسخ بمدفوع من شاء، وفي الباقي بالأول. (قرز).

(*) ينظر لو طلب الشفيع المشتري الأول وقد تنوسخ، فعمر [فغرم (نخ)] الآخرون بعد الطلب وقبل العلم به، هل يستحقون الغرامة للجهل أو يقال: هو بعد الطلب فلا شيء؟ لعله -والله أعلم-: أن العبرة بطلب الغارم، فالقياس استحقاقهم للغرامة؛ لأنه إنما لم يستحقه بعد الطلب لتعدي الغارم، ولا تعدي هنا. (إملاء سيدنا جمال الدين). (قرز).

(*) ينظر لو تنوسخ المبيع فترك أحد الشركاء الطلب، وتراخى عنه وطلب بما بعده، وأحدهم طلب بالأول، وقد قالوا: إن له إبطال ما فعله المشتري، فهل يستحق الشفعة دون شركائه؛ لطلبه وتراخيهم عن العقد الأول؟ لعله كذلك. وأما إذا طلب أحدهم بعقد من غير تراخ، والآخر بالثاني - فلعل كل واحد منهم يستحق ما يشفع به. (من هامش حاشية السحولي).

(٤) **فرع**: فإن شفع بعقودهم الكل صح طلبه، ثم له الخيار يأخذ بأي الأثمان شاء. (بيان) (قرز). قيل: هذا إذا كانت الأثمان كلها مستوية.

(٥) أي: مثبتة.

(*) ما لم يكن أيها فاسداً أو ثمنه مجهولاً.

(٦) أي: بثمن البيع الأول.

أبطل(١) ما وقع بعده، وإن أخذه بالثاني(٢) فقد أبطل(٣) ما وقع بعده وقرر الأول(٤). وحيث يأخذ بالأول له المطالبة للثاني(٥)، وحيث يأخذ بالثاني ويطالب الأول(٦) يكون كمطالبة البائع والعدول عن المشتري. **(فإن أطلق)** أي: لم يذكر

---

(١) يعني: أبطل الملك، لا العقد بالنظر إلى التراد، وأما الانتقال فله الانتقال إلى الثاني (حاشية سحولي).

(٢) **فرع**: فإن باع المشتري نصف المبيع، ثم شفع الشفيع في هذا النصف بعقده- بطلت شفعته في النصف الآخر[١]؛ لأنه قد قرر[٢] بيع المشتري. (بيان لفظاً).

(٣) بالنظر إلى التراد، وأما الانتقال فله الانتقال إلى ما بعده لا ما قبله.

(٤) وفائدة التقرير عدم التراجع فيما بين الأولين. وهكذا لو جهل مقدار الثمن الذي طلب بعقده كان له مطالبة من بعده، لا من قبله. (قرير).

(*) فلا يثبت التراجع بين أهل العقود المتقدمة.

(٥) ومن بعده.

(٦) ويثبت التراجع فيما بعد الذي أخذ به، لا فيما قبله فلا تراجع فيما بينهم.

(*) فإن شفع بعقد الآخر كان إجازة لما قبله، فإذا بطلت في الآخر لجهل الثمن أو نحوه بطلت أصلاً[٣]، بخلاف ما إذا شفع بالأول فله الانتقال إلى ما بعده حيث بطلت فيه. (معيار معنى[٤]) و(قرير). وإذا طالب غير من هو في يده فإن كان بعقده صح، وإن كان بعقد غيره، فإن كان بعقد من هو قبله صح، وإن كان بعقد من بعده بطلت[٥]. (تعليق شرفي).

---

[١] يعني: الذي لم يبعه، وصحت في هذا الذي باع بعقده، (بستان).

[٢] ومعنى تقريره أنه كأنه أعرض عن شراء المشتري الأول بطلب غيره مع علمه، فتبطل. (قرير). وأما لو شفع النصف بالعقد الأول فلعلها تبطل [بطلبه بعض المبيع] شفعته في الكل. (حثيث). وقررها في هامش البيان.

[٣] وظاهر الأزهار خلافه؛ لأن العقود كلها موجبة للشفعة، وإنما الكلام في التراد في الثمن فقط. (مفتي).

[٤] لفظ المعيار: **فرع**: ولتعلق الشفعة بالمبيع صارت تصرفات المشتري فيه موقوفة على سقوط حق الشفيع كما في الحجر، فإن شفع بعقد تبعه كان إجازة للعقد الأول، فإذا طرأ في الثاني ما أبطلها -كجهالة الثمن- بطلت أصلاً، بخلاف ما إذا شفع بعقد الأول فله الرجوع إلى الثاني. (بلفظه) (قرير).

[٥] لعله مع العلم.

=

الثمن الذي شفع به، بل طلب الشفعة فقط **(فبالأول[١])** أي: فإنه يحكم عليه[٢] بالثمن الأول، هذا ظاهر إطلاق الهادي عليه السلام، وهو قول المنصور بالله.

وقال القاضي زيد: بل بثمن من يأخذه منه[٣]. قال في الزوائد: إذا التبست عليه الأثمان قال: أنا شافع بأوفق الأثمان[٤].

(و)أما حكم المشترين فيما بينهم فإذا اشترى الأول بألف درهم وباعه بألف ومائه، ثم باعه الثاني بألف ومائتين، ثم باعه الثالث بألف وثلاثمائة، ثم جاء الشفيع فشفع بألف[٥]- فإنه يحكم له بالمبيع **(ويرد[٦] ذو[٧] الأكثر لذي**

(*) يعني: بعقد من قبله. لفظ الحاشية في نسخة: يعني من قبله.

(١) وإذا أخذه بالشراء الأول وقد استثمره الآخرون فلا شيء عليهم فيما حدث بعد الشراء الأول. (بيان). لأنها ثمرة أملاكهم وإن كان الملك غير مستقر. (بستان).

(*) فلو كان العقد الأول فاسداً فلعله يأخذ بما بعده. (قرير).

(*) ينظر لو كان المستحقون للشفعة جماعة، وتنوسخ المبيع بالبيع، وبعض المستحقين قد كان تراخى عن طلب الشفعة في العقد الأول وطلبها بالعقد المتأخر، والبعض طلبها بالعقد الأول، فهل للذي تراخى أن يطلبها بالعقود المتأخرة؛ لأن كل عقد موجب للشفعة، أم لا يستحق شيئاً حيث قد طلب بالعقد الأول؛ لكون الشفيع يبطل العقود المتأخرة بطلب الشفعة بالعقد الأول؟ (من خط أحمد بن مهدي الشبيبي رحمه الله). يقال: إن طلبها غير المتراخي من الشفعاء بالعقد الأول فلا حق للمتراخي، ويختص بها سائر الشفعاء غيره، وإن طلبها الشفعاء بما بعد الأول من العقود فالمتراخي وغيره في استحقاق الشفعة على سواء؛ لأنهم قد قرروا العقد الذي وقع فيه التراخي. (سيدنا علي بن أحمد بن ناصر رحمه الله). قد تقدمت الحاشية التي تؤيد هذا قوله: ينظر لو تنوسخ.. إلخ.

(٢) فإن شفع بأحد الأثمان والتبس الذي شفع به رجع إلى الآخر من الأثمان. (قرير).

(٣) قلنا: الموجب للشفعة هو الأول، فيتعين ما عقد به.

(٤) أي: أقلها.

(٥) وأما لو شفع من الآخر بألف وثلاثمائة فلا مراجعة. (شرح بحر).

(٦) يثبت التراجع حيث كان التسليم بالحكم.اهـ وظاهر كلام أهل المذهب أنه لا فرق. (قرير).

(٧) حتى يرجع لكل ما سلم.

الأقل[(١)]**)** فيرجع الرابع[(٢)] على الثالث بثلاثمائة، والثالث على الثاني بمائتين، والثاني على الأول[(٣)] بمائة. وإن كان المشتري باع بدون ما اشترى[(٤)] كبتسعين ما اشتراه بمائة، ثم جاء الشفيع فشفع بالمائة - رد الثاني[(٥)] العشرة[(٦)] للأول.

ولما فرغ عليه السلام من ذكر ما يجب للشفيع ذكر ما يجب عليه **(و)**الذي يجب **(عليه مثل الثمن** ....

---

(١) بالتراضي أو بالحكم. (قرير). وقيل: لا يثبت التراجع إلا إذا كان بالحكم. والمذهب الأول. ومثله عن الشامي. (قرير).

(٢) فإن اختلف جنس ما دفعوا وشفع بالأول فالذي يسلم الشفيع يسلم للأول، ويرجع كل بما دفع أو مثله أو قيمته، فلو سلمه الشفيع إلى المشتري الآخر رده على من باعه منه، ويقبض منه ما اشترى به حتى ينتهي إلى الأول. فلو تلف في يد أحدهم هل يضمنه لكونه تسليم معاوضة أم لا لكونه أمانة؟ لعل الأول أقرب.اهـ ومثل معناه عن المفتي.اهـ وسيأتي في مسألة هل هي نقل أو فسخ. وإن كان صاحب البيان بنى على عدم الضمان إلا بجناية أو تفريط. [لكن المختار خلافه. (هامش بيان) (قرير). وهو أنه يضمن مطلقاً[١]. (قرير).

(٣) وكذا لو كان في المبيع ثمرة[٢] وأخذها الأول فإنها تسقط عن الشفيع حصتها من الثمن، ويتراجعون فيها كما مر حتى يصل الأول. (بيان).

(٤) ولم يكن بيعه بدون ثمنه لنقصان عينه. (قرير).

(٥) إذا كان قبل القبض، وأما بعده فلا يرد؛ لأنها ربح المضمون.اهـ وقبل القبض ربح ما لم يضمن فلا يستحقها، فيحقق. (مفتي). وقال الفقيه يوسف: إنها لا تطيب له مطلقاً، ووجهه: أن عقده قد بطل بالشفعة؛ فلا يستحق أكثر مما سلم. (قرير).

(٦) لأنه قد أبطل العقد الثاني.اهـ ولأنه نهي عن ربح ما لم يضمن.

---

[١] فرط أم لا، جنى أم لا.
[٢] وقت البيع. (قرير).

النقد المدفوع(١) قدراً(٢) وصفة(٣).

---

(١) وحاصل الكلام: لا يخلو إما أن يدفع الثمن المعقود عليه فيلزم الشفيع، أو يدفع من جنسه، أو يسلم عن الثمن النقد سلعة كثوب أو نحوه، إن دفع من جنس الثمن فإن كان أعلى لم يلزم الشفيع إلا ما عقد عليه؛ لأن الزيادة لا تلحق في حق الشفيع، وإن دفع من جنس الثمن وكان أدنى لزم ما دفع المشتري، وإن دفع جنساً آخر كأن يسلم عن الذهب فضة فهي كالزيادة، ولا يلزم الشفيع إلا ما عقدا عليه. [وإن سلم عن الثمن سلعة -كأن يشتري بمائة درهم، فسلم ثوباً قيمته خمسون- فإن كان على جهة القضاء والاقتضاء لزم الشفيع قيمة السلعة، هذا ما قيل في هذه المسألة. وإن لم يكن بلفظ القضاء والاقتضاء لزمه قيمة العرض. قال المفتي: العرض باق على ملك صاحبه، فاللازم الثمن مطلقاً. (قرير).

(*) ما لم يكن المدفوع جنساً آخر فإنه لا يلزمه، فلو عقدا على فضة ثم سلم ذهباً لم يلزم الشفيع إلا الفضة. (بيان معنى). لأن ذلك كالبيع، لا كالحط، ذكره الفقيه علي؛ لأن المدفوع هنا ليس هو الثمن؛ لأن هذا صرف. (شامي).

(*) **مسألة**: الإمام يحيى والشافعي: إذا اشترى ذميان[١] أرضاً بخمر أو خنزير فلا شفعة لمسلم؛ إذ العقد فاسد. قلت: بل صحيح. ويدفع قيمتهما، كلو اشترى بعرض. (بحر). حيث دفعه بلفظ القضاء والاقتضاء، وإن سلم له العرض عن النقد لا بلفظ القضاء والاقتضاء قلت: فالعرض باق لمالكه ويلزمه الثمن، فينظر. (مفتي).

(*) فإن عقدا على نقد ثم سلم له عرضاً، فإن قضاه العرض عن النقد لزمه تسليم النقد جميعه، وإن سلم له العرض لا عن النقد لزم تسليم قيمة العرض إذا كان أقل من الثمن؛ لأنه نقصان من الثمن، وهو يلحق العقد في حق الشفيع. (غيث معنى). قلت: العرض باق لمالكه، واللازم الثمن؛ إذ هي معاطاة، وهي غير مملكة. (قرير). وعن مولانا المتوكل على الله: لا يجب إلا تسليم قيمة العرض فقط مطلقاً، كما تقدم في المرابحة. [والمذهب أنه يلزمه ما عقد عليه مطلقاً. (قرير)].

(*) ولا يلزم الشفيع ما غرمه المشتري للدلال ونحوه[٢]؛ إذ لا يلزمه إلا المدفوع. (قرير). إلا لعرف. (قرير).

(٢) وجنساً.

(٣) ونوعاً.

---

[١] وفي الغيث: إذا اشترى ذمي من ذمي إلخ وهو أولى. ولفظ البحر: ولو اشترى ذمي أرضاً.. إلخ.

[٢] أجرة القبالة.

قال عليه السلام: وقولنا: «المدفوع» يحترز مما لو عقد بثمن ثم حط عنه البائع بعضه قبل قبض المبيع[١] فإن الواجب مثل المدفوع، لا ما انطوى عليه العقد.

وقولنا: «قدراً وصفة» فلو كانت سودا أو مكسرة وجب عليه مثلها ولو عقد بصحاح[٢]؛ لأنه كالحط.

(و)إذا كان الثمن مثلياً من طعام أو غيره وجب على الشفيع **(مثل)** ذلك **(المثلي جنساً**[٣] **وصفة**[٤]**، فإن جهل)** جنسه[٥] أو قدره[٦] **(أو عدم**[٧]**)** جنسه **(بطلت**[٨]**)** الشفعة.

وقال الفقيه محمد بن سليمان: يحتمل أن لا تبطل إذا عدم الجنس، ويسلم قيمة المثل. وكذا ذكر الفقيه علي، قال: والقيمة يوم الانقطاع[٩].

قال الفقيه يوسف: لعله يريد وقت التسليم إلى المشتري[١٠].

---

(١) صوابه: الثمن. (قرير).

(٢) وفي العكس ما عقدا عليه فقط. (قرير).

(٣) ونوعاً وقدراً.

(٤) إلا أن يجد الأعلى صفة سلَّمه. (قرير).

(٥) **مسألة:** وإذا ادعى المشتري جهلاً في قدر الثمن لنسيان أو جزاف فالقول قوله مع يمينه. (بيان لفظاً).

(*) فلو كان عقد البيع بثمن لا يملك عند الشفيع، وكان يملك عند البيعين، وذلك كالمثلث عند الحنفي، أو خمراً بين ذميين – شفع بقيمته يوم العقد. (بيان). ومثله في البحر.

(٦) ولو بحيلة، كجعل بعض الثمن صبرة مجهولة.

(٧) في الناحية.

(*) في البريد.

(٨) المراد أخرت. [يعني: لم يحكم له بها].

(٩) يعني: العدم.

(١٠) أي: إلى البائع.

(*) هكذا في الزهور، ولفظ الغيث: وقت تسليم المشتري. وفي الكواكب: وقال الفقيه

=

نعم، وإذا عدم جنس الثمن أو جهل جنسه أو قدره بطلت[١] الشفعة **(فيتلف المشتري)** المبيع **(أو ينتفع)** به **(حتى يوجد[٢])** ذلك المثل، ومتى وجد المثل وجبت الشفعة[٣]. قال في البحر: فيسلم[٤] الباقي وقيمة التالف[٥].

(و)أما إذا كان الثمن قيمياً وجب على الشفيع أن يوفر **(قيمة[٦])** ذلك **(القيمي)** يوم العقد[٧]، فإن اختلف المقومون قال عليه السلام: فالأقرب أنه يكون كاختلاف الأثمان[٨] حيث تنوسخ، فيشفع بتقويم من شاء[٩]، فإن أطلق

يوسف: بل يوم سلمه المشتري للبائع.

(١) يعني: أخرت.

(٢) أو يعلم. [قدره وجنسه. (قرير)].

(*) ظاهر هذا أنه إذا ترك الطلب مع عدم المثل أن لا يبطل، وهو كذلك؛ لأن العدم عذر، فإذا وجد طلب. (بحر).

(٣) ولو بين ورثة المشتري والشفيع. (قرير).

(٤) فلو كان قد تلف بعض المبيع فالأقرب أنه يكون للشفيع أن يأخذ الباقي بحصته. (شرح أثمار). وكذا في شرح الذويد.

(٥) وقد تقدم أنه لا يضمن التالف. قيل: هذا محمول على أنه بعد الحكم بالشفعة، وعدم الجنس بعد الحكم، وبناء على أنه بجناية أو تفريط؛ لأنه كالوديعة. (قرير).

(*) يعني: ما أتلف على وجه يضمن بعد الحكم. والمراد أنه حكم قبل أن يجهل ويعدم، وإلا لم يكن له أن يحكم معهما، كما ذكره الفقيهان حسن ومحمد بن يحيى. (شرح فتح). أو على الخلاف أنه يسلم له القيمة.

(٦) فإن جهل -أي: المشتري- القيمة [يوم العقد] بطلت الشفعة حيث صادقه الشفيع على جهلها. (قرير). فإن لم يصادقه فالقول قوله، أي: قول الشفيع، وهو صريح الأزهار فيما يأتي[1]. (قرير).

(٧) ولو غلا أو رخص من بعد فلا عبرة بذلك. (بيان) (قرير).

(٨) ولعله يرجع إلى الوسط كما في المهور.

(٩) وقيل: بأوسط القيم كما في المهور. (قرير). وهو الأولى؛ لأن الأثمان موجبة للشفعة.اهـ بخلاف القيمة. [وقواه المفتي والشامي والسحولي].

---

[١] في قوله: «وللشفيع في قيمة الثمن العرض ... إلخ».

استفسر(١). وإنما تجب القيمة إذا لم تكن العين(٢) في ملك الشفيع، فإن كانت في ملكه قيل: لا يبعد أن يأتي هذا على الخلاف بين المؤيد بالله والأستاذ(٣) في مسألة الخلع إذا خالع على بقرة الغير ثم ملكتها.

(و)إذا باع بثمن مؤجل فطالب الشفيع بالشفعة وجب عليه **(تعجيل(٤) المؤجل(٥))** نص عليه في المنتخب. وقال في الفنون: (٦) يلزمه مؤجلاً.

(و)إذا شفع في المبيع وقد حصلت فيه عناية من المشتري وجب على الشفيع تسليم **(غرامة(٧)** ....

(١) وقيل: بالأول.اهـ وهو الأولى.

(٢) التي هي ثمن المبيع.

(٣) فيلزم تسليمها على قول المؤيد بالله، ومثله أو قيمته على قول الأستاذ. ولعله يفرق بينهما بأن الزوج هناك قد كان رضي بذلك الشيء فلا يستحق إلا هو عند المؤيد بالله، وليس كذلك هنا. (كواكب)[١]. قلت: إن طلبها من البائع وجعلناها فسخاً فقد رضي. (مفتي).

(٤) فلو أجله المشتري لم يلزم الأجل؛ إذ لا يستند إلى عقد. (حاشية سحولي لفظاً، وبيان، وشرح فتح معنى).

(*) وإذا سلمه هل يلزم المشتري التعجيل للبائع أو لا يلزم إلا بعد حلول الأجل؟ لا يلزم إلا عند حلول الأجل. (سماع سيدنا حسن بن أحمد الشبيبي رحمه الله) (قرير).

(٥) إذ التأجيل ليس بصفة للثمن، بل تأخير مطالبة، ولأنه لم يكن بين الشفيع والمشتري عقد حتى يدخل عوضه التأجيل كما مر. (شرح فتح).

(٦) مبنى الخلاف هل هو صفة للدين أو تأخير مطالبة. (تذكرة). (كواكب (نخ)).

(٧) فإن جهلت الغرامة فالقياس أنها تبطل[٢]. وقيل: لا تبطل، بل تقوم الغرامة وحدها من دون نظر إلى المبيع[٣]. وهو ظاهر الأزهار، وقرره القاضي محمد بن علي قيس رحمه الله، ومثله عن سيدنا محمد بن عبدالله بن الحسين القاسمي رحمه الله.

---

[١] وقيل: لا وجه للفرق؛ لأنه وإن كان سلمه إلى المشتري فهو عين ماله، وإن سلمه إلى البائع فقد رضي به كالزوج في الخلع، في قوله: «وقيمة ما استحق» إلخ.

[٢] لأن العلة أنه لا يجب على المشتري أن يقبض أقل أو أكثر من حقه، وذلك حاصل هنا.

[٣] يقال: فلو لم يمكن التقويم بأن تستوي قيمة المبيع قبل الزيادة وبعدها؟ يقال: لا يشترط زيادة المبيع بالغرامة، بل تقوم الغرامة بنفسها من دون نظر إلى المبيع. (سماع سيدنا علي بن أحمد الشجني رحمه الله).

زيادة[١]) وقعت في المبيع بشروط ثلاثة؛ الأول: أن تكون تلك الزيادة **(فعلها المشتري[٢])** فلو كانت من فعل غيره[٣] لم يلزم ذلك.

الثاني: أن تكون **(قبل الطلب[٤])** فإن فعلها بعد الطلب[٥] لم يستحق شيئاً؛

---

(١) وإن لم تحصل زيادة. (قررو).

(*) ولعل المراد في ذلك كله حيث شفعها الشفيع والزيادة باقية، لا لو قد تلفت فلا شيء له، وإن تلف بعضها وبقي البعض استحق غرامة الباقي، فلو اشترى أرضاً فسقاها وحرثها، وشفع فيها وأثر العمل باق ينتفع به الشفيع - استحق المشتري غرامة الزيادة، لا لو زرعها المشتري حتى ذهب أثر الحرث والسقي، أو مضى عليها وقت ذهب فيه أثر ذلك، فلا يستحق المشتري شيئاً. ولو اشترى أرضاً فيها غروس ضعيفة فسقاها وأصلح الأرض بما يعتاد لنمائها حتى زادت وصلحت، ثم استمر على الغرامة المبقية لها على حالة الصلاح مدة مديدة، حسب ما يعتاد مع أهل الغروس، ثم شفع فيها - فإنه يستحق الغرامة التي لنمائها ابتداء حتى استقرت على حالة الصلاح التي ذكرناها فيما مر، والقول قوله[1] في قدر ما غرم إلا أن يخالف الظاهر، ثم لا يغرم الشفيع شيئاً مما غرمه المشتري للاستمرار على حالة الصلاح؛ لأن الغرامة للبقاء حينئذٍ. فلو فرضنا تقاصر الأشجار حتى عادت إلى حالتها يوم الشراء لم يستحق المشتري شيئاً على الشفيع، وإن نقصت عن حالة الشراء نظر هل بسبب منه أو بآفة سماوية، وسيأتي حكم ذلك في حال نقص المبيع، هذا حاصل ما اقتضته صرائح كلامهم وقواعدهم. (مقصد حسن) وقررو بعد مذاكرة في مسألة حادثة، وأفتى به سيدنا حسن رحمه الله. (قررو).

(٢) أو غيره بإذنه.

(٣) لا بإذنه.

(٤) أو بعده قبل العلم به.

(*) قال في الكافي: فإن اختلف المشتري والشفيع فيما فعله هل هو قبل الطلب أو بعده فالقول قول المشتري مع يمينه، ويكون القول قول المشفوع في الغرامة قبل التسليم كالبائع. اهـ وعن المفتي والسحولي: القول قول الشفيع؛ لأنه يدعي عليه الزيادة.

(*) لا حاله أو التبس فلا شيء. (قررو).

(٥) وعلم به. (مرغم).

---

[١] وعن التهامي أن البينة عليه؛ لأنه يدعي الزيادة، وهي مما يمكن البينة عليها. (قررو).

=

لأنه يكون متعدياً(١).

الثالث: أن تكون الغرامة جعلت **(للنماء)** سواء كان له رسم ظاهر كالبناء والغرس(٢)، أم لا كالقصارة والحرث(٣) **(لا للبقاء)** كالعلف للحيوان(٤)، والدواء للمريض(٥)، وكذا الدابة المهزولة حتى سمنت. فإذا جاء الشفيع وقد غرس المشتري في المبيع أو بنى فيه أو زرع **(و)**جب عليه للمشتري(٦) **(قيمة غرسه(٧) وبنائه**

(*) وعلم المشتري بالطلب.اهـ وإن لم يكن الطلب الذي تثبت به الشفعة. (حاشية سحولي). وقيل: غير الطلب الأول. (قرير).

(*) ولو الطلب الأول حيث كان وحده. وقيل: غير الأول. (قرير).

(*) لا حاله أو التبس فيرجع. وقيل: لا يرجع.

(١) ولا شيء له فيما زاد، ولا شيء عليه فيما أتلف إلا الإثم.

(٢) هذا إذا كان من المبيع مؤنته، لا من المشتري فسيأتي في قوله: «وقيمة غرسه وبنائه».

(*) حيث بنى بأحجار من المبيع أو غرس أشجاراً من المبيع، فإن كان من المشتري فسيأتي في قوله: «وقيمة غرسه..» الخ.

(٣) والسقي والجلا[١].

(*) والسقي. وعند المؤيد بالله: لا يجب شيء فيما لا رسم له ظاهر. (غيث[٢]).

(*) ولعل تعلم الصنعة إذا احتاج المشتري فيه إلى غرامة رجع بها كالقصارة ونحوها. (حاشية سحولي لفظاً) (قرير).

(٤) ويرجع بالزائد على المعتاد في العلف والدواء. (قرير).

(٥) الحادث عند المشتري. (قرير). لا الحادث عند البائع فهو للنماء.اهـ وكذا الهزال على التفصيل. (قرير).

(٦) والخيار للمشتري في جميعها.

(٧) والقول للمشتري في قيمة غرسه وبنائه، والغرامة التي فعل. وكذا إذا اختلفا في الزيادة[٣] فالقول للمشتري[٤] أنه قد زاد في المبيع. ذكره في شرح الإبانة. (كواكب، وبيان). والقياس أن عليه البينة؛ لأنه يدعي الزيادة وهي مما يمكن عليها البينة. (تهامي، ومفتي، وشامي، وسحولي).

---

[١] جلا السيف: صقله، يجلو جلاء بالكسر والمد. (مختار صحاح).

[٢] لفظ الغيث: وعند المؤيد بالله إنما يجب ذلك فيما له رسم ظاهر، دون ما لا رسم له كالحرث.

[٣] أي: في فعلها.

[٤] فإن جهلت الغرامة فالقياس أنها تبطل. وقيل: لا تبطل، بل تقوم الغرامة، وهو ظاهر الأزهار، وقرره القاضي محمد بن علي قيس، ومثله عن سيدنا محمد بن عبدالله بن حسن القاسمي.

=

وزرعه قائماً لا بقاء له(١) **إن تركه، وأرش نقصانها**(٢) **إن رفعه**(٣)**)** ويختص الزرع

(*) فإن لم يكن للغروس قيمة بعد القلع قومت الأرض قبل الرفع وبعده، فما بينهما فهو الأرش. (مقصد حسن معنى) (قرر).

(*) والقيمة تكون يوم الاستحقاق بالشفعة؛ لأنه وقت الاستحقاق للضمان. (بستان). لعله يوم الحكم أو التسليم طوعاً. (قرر).

(*) إذا بناه بنقض منه، وإن بناها بنقضها الأول فليس له إلا الغرامة.

(١) تقرير ما يرجع به الغارس حيث غرس المشتري قبل طلب الشفيع، وفي المغارسة الفاسدة حيث تفاسخا: قد ذكروا أنه يرجع بقيمة الغروس قائمة ليس لها حق البقاء إلا بالأجرة، أو القلع ويرجع بالأرش، فيقال: إن أمكن تقويم الغروس منفردة فذاك، وإلا قومت مع الأرض، وما بين قيمة الأرض مغروسة وغير مغروسة فهو قيمة الغروس مستحقة للبقاء؛ فيسقط من تلك ما جرت به العادة أن يسلم أجرة لبقاء الغروس، مثال ذلك: لو كان أجرة بقاء الغروس هو النصف أسقطت نصف قيمة الغروس، فإذا كانت الأرض تقوم بمائة درهم من غير غرس ومعه ثلاثمائة كان قيمة الغروس مائتين، فإذا كان عادتهم يسلمون نصف غلة الغروس لمالك الأرض كانت قيمة الغروس مائة لا تستحق حق البقاء إلا بأجرة، وهو نصف القيمة؛ فيلزم في مثالنا هذا لمالك الغروس حيث تركها مائة درهم، وإن قلعها رجع بما بين قيمتها مقلوعة وما بين مائة درهم التي هي قيمتها مستحقة للبقاء بأجرة، وعلى هذا تقاس العمارة ونحوها؛ لأن الواضع غير متعد بالوضع؛ إذ هو بإذن الشرع في الشفعة، وبإذن المالك في المغارسة. (إملاء سيدنا سعيد الهبل). وقرره المنصور بالله القاسم بن محمد عليه السلام. (قرر).

(*) إلا بأجرة. (بيان).

(٢) عن قيمتها يوم التخيير. (حاشية سحولي لفظاً) (قرر).

(٣) والخيار للمشتري. (قرر). [في جميعها].

(*) وإذا نقصت الأرض بالرفع لزمه الأرش هنا، بخلاف العارية، لأن الإذن في العارية بالغرس إسقاط لما تولد منها. وفي التمهيد: لا أرش[١] للأرض، فلا يلزم شيء، وهو المذهب، وهو ظاهر الأزهار.

---

[١] إذ هو غير متعد. (قرر).

ونحوه(١) مما له حد ينتهي إليه بخيار ثالث، وهو قوله: **(أو بقاء الزرع بالأجرة(٢))** حتى يبلغ حد الحصاد، فيصير في الزرع ثلاثة خيارات، وفي الغرس ونحوه خياران فقط.

(و)اعلم أن الشفيع تجب **(له الفوائد الأصلية(٣))** والفوائد الأصلية هي الصوف، واللبن، والولد، والثمر(٤)، وهذه الأشياء إنما يستحقها الشفيع **(إن حكم له)** بالشفعة(٥) **(وهي متصلة)** بالمبيع(٦)، وسواء كانت حادثة حال

---

(١) كالبصل والثوم والفجل وغير ذلك مما له حد ينتهي إليه من البقولات.

(٢) إن سلمت بالحكم[١]، وأما بالتراضي فيبقى إلى الحصاد بلا أجرة كما تقدم في البيع على الخلاف في لزوم الأجرة هل تلزم لمدة بقائه أم لا. والمذهب عدم لزومها كما تقدم. والظاهر لزوم الأجرة للشفيع على المشتري ولو كان التسليم بالتراضي؛ لأن حق الشفيع متقدم على المشتري، بخلاف ما تقدم في البيع، وقد ذكروا أن هذه الثلاثة الماضية التي ذكروا سواء[٢].

(*) والأشجار المثمرة إلى الصلاح. (حاشية سحولي). ومثله في المغارسة في قوله: «وفي الزرع الثلاثة» إلخ.

(*) من يوم الحكم. اهـ أو التسليم طوعاً.

(٣) خليطاً كان أو غيره؛ إذ المشتري كالوكيل للشفيع، فكان الملك من يوم العقد[٣].

(*) وعليه للمشتري ما غرم فيها للزيادة، كالسقي ونحوه. (بيان) (قرر).

(*) لا الفرعية؛ لقوله ﷺ: ((الخراج بالضمان)). (قرر).

(٤) ومهر البكر بعد الدخول. (شرح فتح) (قرر). وأروش الجنايات.

(٥) أو سلمت له بالتراضي. اهـ وقيل: لا التسليم بالتراضي؛ إذ هو كالبيع.

(٦) أو هو خليط وشملها العقد.

---

[١] هذا حيث التسليم بالحكم، فإن كان بالتراضي كان كالبيع على الخلاف هل يلزم الأجرة لمدة بقائه بعد البيع أم لا؟ والمذهب عدم لزومها كما تقدم.

[٢] في نسخة: وقد ذكروا أن هذه الثلاثة المواضع التي اختلفوا فيها، والخلاف لأبي حنيفة.

[٣] لفظ البستان: المشتري كالوكيل للشفيع بالشراء، فالملك له من يوم العقد.

العقد أم بعده **(لا)** إذا حكم الحاكم للشفيع وقد صارت هذه الفوائد **(منفصلة فللمشتري)** سواء كانت حاصلة(١) حال العقد أم حدثت بعده **(إلا مع)** الشفيع **(الخليط)** في المبيع فإن المشتري لا يأخذ الفوائد المنفصلة، بل يحكم بها للشفيع جميعاً(٢) إن شملها(٣) العقد، نحو أن يشتري الجارية حاملاً، أو الشجرة

---

(١) وجه التشكيل أنها من جملة المبيع.

(٢) لأنه شفع الأصل بالأصل والفرع بالفرع .اهـ ما دامت باقية. (بيان)[١]. يعني: مشتركة؛ إذ لو قد قسمت فلا شفعة فيها؛ لأنه إذا قاسم الشفيع المشتري فقد خرج سبب الشفعة، وهو الاشتراك، فتبطل في الثمار مثلاً، ويبقى النظر في الأصل هل تبطل أم لا. ينظر. المقرر تبطل الشفعة في الكل؛ لئلا يفرق؛ لأن الثمار جزء من المبيع. إلا أن يكون الشفيع لم يقاسم المشتري، بل المشتري أخذ حصته مما قسمته إفراز، أو حيث ناب عنه الحاكم مع غيبته -استقام. (شامي) (قرر).

(*) وحاصل ذلك أن نقول: إن حكم له وهي متصلة فهي للشفيع جاراً كان أو خليطاً، شملها العقد أم لم يشملها، وإن حكم وهي منفصلة فإن لم يشملها العقد فللمشتري جاراً كان الشفيع أم خليطاً، وإن شملها وحكم وهي منفصلة فإن كان خليطاً كانت له، وإن كان جاراً فللمشتري، فيحط بحصتها من الثمن. (شرح فتح) (قرر).

(٣) فحصل من العبارة أنه إن كان الشفيع خليطاً فإن لم يشملها العقد فإن حكم وهي متصلة فله، وكذا لو كان غير خليط، وإن حكم وهي منفصلة فللمشتري ولا حط، وإن شملها العقد فللخليط مطلقاً، سواء حكم وهي متصلة أم لا، وأما غير الخليط فإن حكم وهي متصلة فله، وإلا فللمشتري ويحط بحصتها، وهذا هو محصول عبارة الأزهار؛ لأن قوله: «إن شملها العقد» متنازع بين قوله: «إلا مع الخليط» تقديره: إن شملها، وبين قوله: «لكن يحط بحصتها من الثمن»، فهو راجع إليهما. (شرح فتح) (قرر).

(*) وحاصل الكلام في الفوائد: إن حكم وهي متصلة فللشفيع مطلقاً، شملها العقد أم لا، خليطاً أم لا، وإن حكم وهي منفصلة فإن شملها العقد والشفيع خليط فله. شملها العقد والشفيع غير خليط فللمشتري، ويحط بحصتها من الثمن. لم يشملها العقد والشفيع خليط فعلى الحصص. الشفيع غير خليط فللمشتري ولا حط. (سماع سيدنا عبدالله بن أحمد المجاهد ﵀) (قرر).

---

[١] لفظ البيان: أما في الخليط فيشفعها الشفيع ما دامت باقية.

مثمرة، فإن الشفعة تناول الحمل والثمرة؛ لأنه شريك فيهما، وأما إذا لم يشملها العقد(١) بل حدثت بعده كانت فوائد القدر المبيع للمشتري، وللشفيع(٢) فوائد نصيبه فقط **(لكن)** المشتري(٣) إذا لم يكن خليطاً وقد أخذ(٤) الفوائد المنفصلة(٥) يوم الحكم بالشفعة لزمه أن **(يحط بحصتها من الثمن إن شملها(٦) العقد(٧))** أي: إن كانت حاصلة عند البيع، فإن لم تكن حاصلة عند البيع، وإنما حدثت بعده- لم يلزم المشتري أن يحط لأجلها شيئاً من الثمن، وصورة ذلك: أن تقوم الأشجار مثمرة(٨) ....

---

(١) وكان خليطاً. (شرح فتح).

(٢) في المطبوع: وللشفيع قدر.. إلخ.

(٣) صوابه: الشفيع.

(٤) المشتري.

(٥) ظاهره ولو كانت باقية.

(٦) يعود إلى الطرفين.

(٧) قوله: «إن شملها العقد» هذا يعود إلى الشفيع غير الخليط وإلى قوله: «إلا مع الخليط إن شملها العقد، فتكون الفوائد الأصلية التي شملها عقد البيع للخليط، وذلك حيث اشترى المشتري المبيع وهي حادثة فيه، فتكون للشفيع الخليط سواء حكم له وهي متصلة أو منفصلة، يعني: عن المبيع، كما تقدم، هذا تحقيق معنى الكتاب فافهم، فعلى هذا إذا باع أحد الشريكين نصيبه في الجارية المشتركة بينهما وهي حامل فالولد للشفيع، سواء حكم له وهو منفصل عن أمه أو متصل، إذا كان عن تزويج، ولو من المشتري، كأن تكون زوجة له، أو من غيره، من تزويج أو زنا؛ لأنه من جملة المبيع، والشفيع خليط. وإن باعها وهي غير حامل ثم حملت من بعد من غير المشتري فإن حكم للشفيع وهو متصل فهو له، وإن حكم له وهو منفصل فله حصته منه، والباقي للمشتري، فيكونان شريكين فيه، وإن كان الولد من المشتري فهو حر بكل حال، فإن حكم للشفيع وهو متصل بأمه ضمن له المشتري قيمته، وإن حكم له وهو منفصل ضمن له المشتري حصته فقط هنا، لأنه لم يشمله العقد، بل حدث من بعد وطء المشتري. (قرير).

(٨) الصواب: تقوم الأرض مع الأشجار مثمرة وغير مثمرة، وأما تقويم الأشجار مثمرة وغير مثمرة فلا يتأتى إلا مع الخليط[١].

---

[١] وهو لا يحط شيئاً، بل يأخذها بأعيانها.

وغير مثمرة(١)، والأرض مزروعة(٢) وغير مزروعة إن كان الزرع قد ظهر(٣) عند(٤) العقد وصار حقلاً(٥)، وإن لم يكن قد ظهر قومت مبذورة(٦) وغير مبذورة، فما بينهما فهو التفاوت، فإذا كان الفرط ثلث القيمة(٧) مثلاً حط ثلث الثمن ونحو ذلك. وهذا إذا لم يكن البذر مملوكاً(٨)، فإن كان مملوكاً كان الزرع

---

(١) وفي جعل الثمرة ونحوها حيث شملها العقد من الفوائد نظر؛ لأنه لا يخلو إما أن تدخل في المبيع أم لا، إن أدخلت فهي من جملته، وإن لم تدخل فهي للبائع. (مفتي).

(*) والشاة بصوفها وبغير صوفها. (بيان).

(٢) وهذه الأشياء كلها مبنية على أنها وجدت في العقد، وإلا فهي لا تدخل كما تقدم.

(٣) ولا يقوم الزرع أو الثمر منفرداً؛ لأنه لا يباع منفرداً، إلا إذا كان قد أدرك عند البيع قوم منفرداً[١]. وكذا في الأشجار التي في الأرض ما كان منها يباع منفرداً قوم منفرداً، وما كان منها لا يباع إلا مع الأرض قوم معها. (بيان) (قرير).

(٤) وقد حصده المشتري. (بيان).

(٥) قال في الصحاح والضياء: الحقل: هو الزرع إذا تشعبت ورقه قبل أن يغلظ. (زهور).

(*) يعني: قد خرجت أوراقه.

(٦) يعني: وهو يتسامح به؛ لأنه من جملة الحقوق، فإن كان لا يتسامح به فالمسألة مبنية على قول ابن أبي الفوارس؛ لأنه يجعل البذر حقاً، وأما على المذهب فالبذر للبائع، فإذا أدخل في المبيع وكان مجهولاً [٢]، أو معلوماً وقد تسارع إليه الفساد - فسد البيع[٣] وامتنعت الشفعة، وإن كان معلوماً ولم يفسد كان للمشتري، ويحط بحصته من الثمن. (قرير).

(*) يعني: إذا بيعت الأرض مبذورة ثم نبت الزرع وحصده المشتري، فإنها تقوم مبذورة وغير مبذورة، فما كان التفاوت فهو قيمة البذر، فيسقط بحصته من الثمن. (بيان) (قرير).

(٧) يوم البيع. (بيان) (قرير).

(٨) بل مباحاً، أو مملوكاً وهو مما يتسامح به، وإلا فلبيت المال.اهـ يقال: هذا الاشتراط لما حدث بعد البيع مستقيم إذا حكم وهو متصل، وأما ما شمله العقد فهو يتبع العقد.

---

[١] ثم تضم قيمته إلى قيمة الأرض، ثم تنسب من الجميع، فإذا كانت نصف الكل مثلاً أو نحوه سقط من الثمن نصفه، وعلى هذا فقس. (بيان) (قرير).

[٢] ينظر في الفساد حيث كان مجهولاً؛ لأنه قد ذكر في البستان في بيع الكامن أنه خصه الإجماع، واعترضه الفقيه يحيى البحيبح.

[٣] لأنه يصير قيمياً، والقيمة مجهولة؛ لأنه غير مشاهد. (عامر).

=

لرب البذر(١) سواء كان للمشتري أم غيره **(وكذا)** يجب على المشتري الحط **(في كل ما نقص(٢))** من المبيع في يده(٣): إما **(بفعله)** نحو: أن يستهلك بعضه، كأن يشتري داراً بمائة ويأخذ من أبوابها بخمسين(٤)، أو نخلاً أو بستاناً مثمراً أو

(*) أو مملوكاً للبائع وأدخل في المبيع. (قرير).

(*) بل يتسامح به، فيكون كالثمرة. (بيان).

(١) إن عرف[١]، وإلا كان لبيت المال[٢]. (بيان).

(٢) **فائدة**: وهي إذا اشترى داراً قيمتها مائة درهم بدار وسبيكة وزنها مائة درهم، ثم قام شفيع الدار التي مع السبيكة، ماذا يجب على الشفيع، إن قلنا: يحط عنه وزن السبيكة لزم أن يأخذ الدار بلا شيء؟ قال عليه السلام: والجواب أنها تقوم الدار والسبيكة، فما جاءت حصة الدار من القيمة سلم الشفيع حصتها من الثمن، وهو قيمة الدار المنفردة، فإن جاءت حصة الدار نصفاً لزم تسليم نصف قيمة الدار المنفردة، ونحو ذلك. (نجري).

(*) نقصان بعض منه، أو نقصان صفة، كعور أو كسر أو نحوهما. (بيان). والمقرر أن نقصان الصفة لا يوجب الحط، وإنما يخير الشفيع بين أن يأخذ الكل بكل الثمن أو يترك. (قرير).

(*) **مسألة**: وعلى المشتري طم بئر أو نحوها حفرها ولا منفعة فيها، وكذا قلع ما غرسه ولا نفع فيه، وعليه أرش النقص؛ إذ عليه تسليمها كما أخذها. (بحر). ينظر.

(٣) لا فرق. (قرير).

(٤) وتبطل الشفعة فيه، ولو كان باقياً بعينه في يد المشتري، فإنه يقوم، ويسقط من الثمن بحصته. (كواكب). وقال في الصعيتري: حيث تعذر رد الأبواب؛ إذ لو أمكن لوجب. اهـ وللمفتي: أنه إذا كانت الشفعة للخليط فكلام الصعيتري قوي، وإن كان جاراً فكلام الكواكب قوي. وفي التذكرة في الثمرة إذا فصلت مثل كلام الكواكب.

(*) وقد بطلت الشفعة في الأبواب حيث تعذر رد المأخوذ، لا إذا أمكن وجب؛ لأنه من جملة المبيع. (صعيتري).

---

[١] وكان منحصراً. (قرير).

[٢] وتلزم الأجرة للشفيع.

أرضاً مزروعة[١] فقطع ذلك- فإنه يحط بحصته من الثمن[٢]، هذا حيث يستوي ثمن المبيع وقيمته، وأما إذا اختلفا، نحو أن يشتريه بمائة وخمسين، وقيمته[٣] مائة، ثم استهلك ما قيمته خمسون - فقد استهلك نصف المبيع، فيحط نصف الثمن، وهو خمسة وسبعون. وإن اشتراه بمائة وقيمته مائة وخمسون، ثم استهلك ما قيمته[٤] خمسون - فقد استهلك ثلث المبيع، فيحط ثلث الثمن، وهو ثلاثة وثلاثون وثلث[٥]. **(أو)** كان النقصان من **(فعل غيره وقد اعتاض[٦])**

---

(١) **فـرع**: فلو اشترى أرضاً فيها زرع من البر قدر خمسة أمداد قد أدرك بعشرة أمداد براً، ثم قام شفيع في الأرض بعد حصد الزرع -فإنه يأخذها بخمسة أمداد؛ لأنها ثمنها. (بيان بلفظه). حيث لم يكن للتبن قيمة، فإن كان له قيمة لم يلزم الشفيع إلا الزائد على قيمته. (قرز).

(٢) ويكون التقويم يوم إتلافه. وقيل: يوم العقد. (بحر، وتعليق لمع) (قرز).

(٣) يوم العقد. (قرز).

(٤) يوم إتلافه.اهـ وإن اختلفا في قيمة التالف أو أرشه فالقول قول المشتري، ذكره الناصر عليه السلام. (بيان) (قرز).

(٥) هذا إذا أمكن تقويم المستهلك على انفراده، وأما إذا لم يمكن تقويمه على انفراده [كعور الدابة وكسرها] قوم مع بقاء المستهلك ومع عدمه، فما بينهما فهو قيمة المستهلك، فيقسم الثمن عليه. (زهور) (قرز).

(٦) أو أذن للغير وإن لم يعتض. (قرز).

(*) أو صالحه، أو أبرأ. (بيان). مع إمكان الاستيفاء. (قرز).

(*) أو أبرأ من العوض، فأما إذا صالح فإنه يحط بقدر الكل، إلا إذا لم يمكنه أخذ البعض إلا بحط البعض أسقط بقدر ما أخذ، ذكره الفقيه يوسف. (قرز).

(*) **فرع**: فلو كان أرش الجناية على العبد المشفوع فيه مثل قيمته[١] أو أكثر ....=

---

[١] فإن كان ما اعتاض مثل القيمة كأرش المذاكير شفع بنصف الثمن، ذكره الفقيه يوسف في الزهور، ومثله في شرح الفتح، قال فيه ما لفظه: وإلا لزم لو اشترى الدار بأبوابها بمائة ثم أخذ من أبوابها بمائة أن تبطل ويأخذها بلا شيء، أو بالمائة ولا يحط شيئاً.والقياس أن تقوم الدار بعد أخذ الأبواب على انفرادها، والأبواب على انفرادها، فيسقط من الثمن قدر التفاوت بالنسبة. (شرح فتح). فإن كان الثلث نقص ثلث الثمن، فيكون بالنسبة ما بين القيمتين. (قرز).

=

أي: أخذ العوض من الفاعل، فإنه يحط بقدر ما اعتاض. وأما إن نقص بآفة سماوية(١) أو بفعل الغير(٢) ولم يأخذ المشتري عوضاً فإنه لا يجب على المشتري حط شيء من الثمن، بل يخير الشفيع إن شاء أخذه بجميع الثمن(٣) وإن شاء ترك.

= فالأقرب أنه يسقط عن الشفيع بقدر ما نقصت الجناية من قيمته[١]، ولا يعتبر بأرشها المقدر. (بيان). وقيل: النصف كما تقدم في المرابحة.

(١) وظاهر الأزهار والبيان لا فرق بين نقص العين والقيمة.

(*) والنقصان هنا نقص صفة وهيئة، وقدر المبيع باق. (شرح فتح).

(*) والعمى يمكن تقويمه، بأن تقوم البهيمة قبله وبعده، وما بينهما ينسب من القيمة، ثم يسقط بقدره منسوباً من الثمن، كأن تكون قيمتها صحيحة ثلاثين، وعوراء عشرين، والثمن ستون، فإنه يسقط من الثمن عشرون، ويسلم أربعين. ونحو ذلك. (شرح فتح).

(٢) فإن كان من الشفيع قبل علمه بالبيع، أو بعد طلب الشفعة فالأقرب أنه إن كان قد سلم الأرش أسقط عنه من الثمن بقدره، وإن لم يكن قد سلمه فلا أرش عليه، وعليه جميع الثمن. (صعيتري) (قرير). فإن كان من المشتري خير الشفيع إما شفع وإلا ترك. (قرير). ويحط عنه بقدره.

(٣) وهذا إذا كان نقصان صفة لا نقصان قدر[٢]، نحو أن يتلف أحد دارين، أو أحد عبدين، أو أحد قطعتي أرض فإنه يحط بحصتها من الثمن، سواء تميزت الأثمان أم لا، لكن إذا لم تتميز الأثمان نسبت من القيمة، ذكر معنى ذلك يحيى حميد.

---

[١] مثاله: لو اشترى رجل نصف عبد[٠] بألف، ثم خصي العبد فأخذ المالك من الخاصي القيمة، ثم جاء الشفيع في العبد – قلنا: إن كان قيمة العبد في الحال ألفاً فقد أخذ السيد منه النصف، فيسقط عن الشفيع نصف الثمن، وهو ألف، فيؤدي خمسمائة. وإن كان العبد يسوى[٠٠] خمسمائة فقد استهلك السيد ثلثيه فيشفع بثلث[٠٠٠] الثمن. (من تعليق الفقيه حسن على اللمع).

[٠] يعني: حيث كانت قيمة العبد في الحال ألفاً فقد أخذ السيد منه النصف، فيسقط عن الشفيع نصف الثمن، فيجب عليه تسليم خمسمائة.اهـ والمقرر في هذا جميعه أنه كما تقدم في المرابحة سواء.

[٠٠] يعني: الثمن خمسمائة والقيمة ألف.

[٠٠٠] وهو مائة وستة وستون وثلث.

[٢] وظاهر الأزهار والبيان لا فرق بين نقصان العين والقيمة. (قرير).

قال ابن معرف: وللشفيع أن يرجع على الغاصب[(١)] بقيمة ما استهلك[(٢)].

قال الفقيه يحيى بن أحمد: فيه نظر؛ لأنه لا يطالب بما جني عليه في غير ملكه[(٣)].

قال الفقيه محمد بن يحيى: يحتمل أن يقال: المطالبة إلى المشتري، ثم يسلمه للشفيع[(٤)].

---

(١) ومثله في التذكرة والفتح. اهـ إذ المشتري كالوكيل له، وكما لو جنى عليه في يد الشفيع. (بحر).

(٢) قوي. (سحولي، وهبل).

(٣) والمذهب أنه يأخذ بكل الثمن، ويسلم الغاصب الأرش للمشتري، ويحط المشتري بقدر ذلك للشفيع. (بيان معنى).

(٤) وقال الفقيه علي: إن الأرش يكون للمشتري[١] ويحط بحصته من الثمن، وهو أولى. (بيان) (قرير). وقواه حثيث. وقيل: يتنزل على الخلاف في كونها نقلاً أو فسخاً. (مفتي).

(*) بل يحط بحصته للشفيع.

---

[١] فإن لم يطالب المشتري خير الشفيع إما شفع وإلا ترك. (مفتي).

(فصل): في كيفية أخذ الشفيع للمبيع

(وإنما يؤخذ المبيع قسراً) أي: لا ينتزع المبيع على وجه القهر إلا في حالين: إما **(بعد الحكم**(١)**)** بالشفعة **(فهو كالأمانة)** مع المشتري **(أو)** بعد **(التسليم**(٢) **والقبول باللفظ فهو كالمبيع**(٣)**)** قبل التسليم، فيفترقان من وجوه، أحدها: إذا

(١) وتسليم [وقبض (نخ)] الثمن. (قرير).

(٢) وإذا سلم المشتري الشفعة جاهلاً كون الشفيع قد تراخى ثم تبين له تراخيه، فإن كان قد حكم بالشفعة فليس له المطالبة بإبطالها[١]، وإلا فله ذلك، أفتى بذلك القاضي صلاح الفلكي، ومثله عن إمامنا المتوكل على الله عليه السلام. (قرير).

(*) **فرع**: فإن طلب الشفيع شفعته فقال المشتري: سلمت ولم يقبل الشفيع، فإنه يملكه. خلاف أحد قولي المؤيد بالله[٢]. (بيان). لأن قول المشتري: «سلمت» إقرار، وقوله: «لم تقبل الشفعة» رجوع عنه، وهو لا يصح.

(*) ما يقال فيمن اشترى شيئاً صفقتين والشفيع جار في الصفقتين، فسلم المشتري للشفيع الصفقتين لجهله أنه أولى بالصفقة الثانية [لأنه قد صار خليطاً] فهل له المطالبة للشفيع برد الثانية أم لا؟ قد ذكروا أن المشتري إذا سلم الشفعة ثم تبين له أنه قد تراخى الشفيع أن له المطالبة بإبطالها ما لم يكن قد حكم للشفيع، وذكر في البيان أيضاً عن المؤيد بالله عليه السلام أنه لو سلم الشفعة ثم ادعى أن السبب ليس ملكاً للشفيع أن على المشتري البينة إلخ، فقياس الكلام حيث سلم المشتري الصفقتين أو الصفقات جاهلاً لعدم استحقاق الشفيع للجميع أن له المطالبة بالرد. (سيدنا حسن أحمد الشبيبي رحمه الله) (قرير). ويؤيد ما ذكر أنه ذكر في حاشية السحولي على قوله: «فصل: وتبطل بالتسليم بعد البيع» أن هذا ما لم يكن قد حكم للشفيع أو سلمت له طوعاً، فيفهم منه أن التسليم بعد الملك لا يصح، والمشتري مالك. (سيدنا حسن رحمه الله).

(٣) وهل يشترط أن يقع التسليم باللفظ بعد القبض أم يصح وإن لم يقبض المشتري المبيع؟ قيل: يصح وإن لم يكن قد قبض؛ إذ ليس كالمبيع من كل وجه.اهـ ولفظ حاشية: قد وجد في شرح البحر على قول المؤيد بالله: «ولو قبل القبض» ما لفظه: لأن المأخوذ بالشفعة ملك قهري، فأشبه الميراث في أن بيعه قبل القبض يصح. (بلفظه).

---

[١] ولو بين بذلك، ولو صادقه الشفيع؛ لأن التراخي مختلف فيه، فقد صح الحكم. (قرير).

[٢] وحجته أنه لم يقبل. قلنا: طلبه الشفعة يغني عن قبوله. (بستان).

تلف في يد المشتري بعد الحكم بالشفعة كان كتلف الأمانة في يد الأمين(١)، وإذا تلف بعد التسليم باللفظ كان كتلف المبيع قبل التسليم(٢).

الثاني: أنه بعد الحكم له(٣) أن يتصرف فيه قبل قبضه، لا بعد التسليم بالتراضي(٤).

الثالث: أنه إذا غرس فيه(٥) أو بنى بعد الحكم ثم استحق(٦) لم يرجع بالغرامات(٧)، لا بعد التسليم بالتراضي فيرجع بها(٨).

الرابع: أنه إذا استعمله(٩) بعد التسليم بالتراضي لم يلزم الكراء على قول الوافي(١٠)، بخلاف ما إذا استعمله بعد الحكم فإنه يلزمه الكراء(١١).

---

(١) ما لم تجدد مطالبة من الشفيع. (قررو).

(٢) فيكون من مال المشتري إن كان قد قبضه، وإلا فمن مال البائع. (مرغم) (قررو).

(*) فيتلف من مال البائع.

(٣) أي: للشفيع.

(٤) إلا ما كان استهلاكاً.

(٥) يعني: الشفيع.

(٦) بالحكم. (قررو).

(٧) وأما المشتري فيرجع بها على البائع مع الجهل.

(*) لأنه غير مغرور. (بيان).

(*) يعني: على المشتري، وأما على البائع فيرجع؛ لأنه كالغار له[١]. وقيل: ينزل هل نقل أو فسخ. (مفتي). ينظر؛ فقد انكشف بطلان العقد، فلا يأتي الخلاف بين قوله: «نقل أو فسخ».

(٨) على المشتري، وإذا كان المشتري جاهلاً رجع بذلك على البائع. (بيان) (قررو).

(٩) يعني: المشتري. (بيان).

(١٠) وعندنا يلزمه.اهـ مع قبض الشفيع للمبيع. (قررو).

(*) المختار أن يلزمه مع البقاء سواء كان بالحكم أو بالتراضي [مع القبض. (قررو)]، وكلام الوافي على القيل. قيل[٢]: وإن استعمله فلا خراج. (سماع فلكي).

(١١) اتفاقاً. (قررو).

---

[١] وعن المفتي والسحولي: لا يرجع على البائع[٠]؛ لأنه ليس بمغرور.

[٠] وكذا المشتري. (قررو).

[٢] وهذا إذا لم يتلف، فإن تلف استقام كلام الوافي.

=

واعلم أنه لا بد في التسليم من إيجاب وقبول(١)، وهو قول المشتري: «سلمت»، والشفيع: «تسلمت»، أو سؤاله التسليم.

وقال الناصر والشافعي: إن للشفيع أخذ المبيع من غير حكم ولا تراض(٢)، إلا أن الناصر عليه السلام يشرط تعذر محاكمة المشتري؛ بأن يمتنع.

قال أبو مضر: إن كان مذهبهما متفقاً أو المسألة إجماعية(٣) فله ذلك من غير حكم. وكلامه يصلح أن يكون حملاً لكلام الناصر والشافعي.

نعم، وإذا ثبت أنه يملكه بالحكم أو التسليم باللفظ تبعته أحكام الملك **(فيؤخذ**(٤) **من حيث وجد**(٥)**)** سواء كان في يد المشتري أم في يد غيره، قهراً أو

(*) مطلقاً، سواء قبضه الشفيع أم لا. (قرير).

(*) سواء كان باقياً أم تالفاً.

(١) ولا يغني الإيجاب وحده مع القبض، بل لا بد من القبول أو تقدم السؤال[١]. (شرح أثمار). وأما قبض المشتري الثمن من الشفيع فلا يوجب الملك للشفيع.اهـ قال الفقيه حسن: وكذا إذا دعا له بالبركة في المبيع. وقال الفقيه يوسف: إن العرف يقضي بأن الدعاء بالبركة كالتسليم. (بيان).

(٢) بعد تسليم الثمن.

(٣) كأن يكون الشفيع خليطاً، وكان موسراً مؤمناً، وكان في غير المنقول، وكان فيما تحتمله القسمة، ولم يحصل تراخ. وأن يكون الثمن غير قيمي؛ لأن فيه خلاف الحسن.

(٤) وليس للمشتري مطل البائع بعد قيام الشفيع؛ إذ الثمن لازم له فلا يسقط بالشفعة؛ إذ لا يؤمن بطلانها. (بحر). وقال الفقيه يوسف: هذا مبني على أنه بعد الطلب وقبل الحكم، أو بعده والمبيع في يد المشتري؛ لأنه نقل، فلو حكم بالشفعة وهو في يد البائع لم يلزم المشتري تسليم الثمن؛ لأنه يقول: قد انفسخ العقد بيني وبينك. (شرح بحر) (قرير). ومثله في البيان، ولفظه: **مسألة**: وإذا طلب الشفيع الشفعة لم يكن للمشتري أن يمتنع إلى آخره.

(٥) فلا يمنع منه إلا ذو حق، كالمستأجر.

---

[١] وذهب في البيان عن اللمع أنه يغني القبض. (سماع سيدنا حسن رحمه الله) (قرير). وإن لم يقبل.

طوعاً، وعهدة المبيع على من أخذه منه(١)، بمعنى: أنه يرجع عليه بالثمن إذا استحق المبيع(٢) **(ويسلمه من هو في يده)** إلى الشفيع بعد الحكم أو التراضي، **(وإلا)** يسلمه من هو في يده بل امتنع **(فغصب(٣) إلا)** أن يحبسه من هو في يده **(لقبض الثمن)** لم يكن غاصباً، بل يجوز له ذلك، هذا إذا كان ممن له حبسه كالبائع والمشتري(٤) **(ولو)** كان الذي في يده المبيع **(بائعاً(٥))** له، ولو كان أيضاً

---

(١) من بائع أو مشترٍ فقط.

(٢) وسيأتي التفصيل هل هي نقل أو فسخ.

(*) يحقق.اهـ بل على المشتري حيث هي نقل ولو أخذه من البائع إن كان مستوفياً[١]، وحيث هي فسخ كقبل قبض الثمن فعلى البائع. (من حاشية ابن موسى) (قرر).

(٣) وتلزم الأجرة وإن لم ينتفع. (قرر).

(*) في جميع وجوهه بعد الحكم، وإن كان بالتراضي فإن كان بعد القبض فكذلك، وإلا فكالمبيع قبل قبضه من البائع، لا كالغصب إلا في الإثم حيث لم يسلمه مع المطالبة، فلا يضمن القيمة، بل يرد الثمن فقط إن كان قد سلمه. (شرح أثمار، ونجري).

(*) «غالباً» احترازاً من أن يكون في يد المشتري بعد التسليم طوعاً وتلف، فإنها لا تلزم القيمة، وكذا الأجرة إن لم يستعمل. (شرح أثمار) (قرر).

(*) بعد الحكم.

(*) ما لم يكن في يده بحق كالمستأجر.اهـ حيث كان التأجير ونحوه من عند البائع، لا من جهة المشتري فينقض؛ لأن حق الشفيع سابق. (قرر).

(*) إذا كان التسليم بالحكم وتلف المبيع ضمن من هو في يده القيمة، وقد ذكر معناه في شرح النجري. (قرر).

(*) إذا امتنع، لكن إن كان التسليم بالتراضي وامتنع حتى تلف المبيع لم يضمن شيئاً، بل يرد الثمن فقط إن كان قد سلمه، بخلاف بعد الحكم فيضمن القيمة كالغصب سواء. (نجري) (قرر).

(٤) ونحوهما كالوديع. (قرر).

(٥) ظاهر هذا أنه قد صح تسليم المشتري للشفيع ولو كان المبيع في يد البائع، ولم يجعلوه من التصرف قبل القبض. (قرر).

---

[١] تكون نقلاً حيث البائع مستوفٍ، وفسخاً حيث المبيع في يد البائع قبل أن يستوفي الثمن.

(مستوفياً) للثمن(١) فإن له حبسه من الشفيع حتى يسلم الثمن.

قال الفقيه يحيى البحيبح: لأنا إن قلنا: إنها فسخ فظاهر(٢)، وإن قلنا: إنها نقل فهو كالوكيل للمشتري(٣) **(وهي هنا)** يعني: حيث أخذ المبيع من البائع الذي قد استوفى الثمن(٤) **(نقل(٥))** لا فسخ **(في الأصح)** وهو أحد قولي أبي حنيفة وأحد قولي أبي العباس.

قال الفقيه محمد بن سليمان: وهو الصحيح.

وقال محمد، وهو أحد قولي أبي حنيفة وأحد قولي أبي العباس، ورواه الإمام يحيى عن العترة: إنها فسخ(٦).

وفائدة الخلاف تظهر في مسائل، أحدها: إذا قبض(٧) الثمن من الشفيع هل يرد ما دفعه المشتري أو يسلم ما دفعه الشفيع، إن قلنا: إنها نقل سلم ما دفعه الشفيع(٨)، وإن قلنا: إنها فسخ رد للمشتري ما دفع(٩). ويدخل في ذلك لو كان

---

(١) ونحوه كالمؤجل ونحوه.

(٢) يعني: لأنه يرجع لكل ما يملكه.

(٣) وليس للمشتري مطل البائع بالثمن.

(٤) جميعه، فلو لم يقبض الجميع كانت فسخاً ولو لم يبق إلا درهم. (عامر) (قرير).

(٥) **مسألة**: قلت: ذكروا أن الزيادة في الثمن لا تلزم الشفيع، فحيث قلنا: إن الشفعة نقل فإن الزيادة تطيب للبائع،وإن قلنا:إنها فسخ يجب عليه أن يردها[١] للمشتري، هكذا اقتضاه النظر.(مقصدحسن).

(٦) بين البائع والمشتري.

(*) إذ تمام عقد المشتري موقوف على التسليم إليه، فإذا ارتفع وجوبه ارتفع العقد، فكان فسخاً. (شرح بهران).

(٧) البائع.

(٨) ولو نقداً.

(٩) أو يرد الزائد.

---

[١] وصورته: أن يشتري المشتري بعشرة ويزيد للبائع درهماً، فلا يلزم الشفيع إلا تسليم العشرة، والدرهم يطيب للبائع، ولا يجب رده للمشتري؛ لأنها نقل، ولو كانت فسخاً وجب على البائع رد ما قبض من المشتري.

الثمن عرضاً، هل يرده إلى المشتري أم قيمته(١).

المسألة الثانية: لو تلف ما سلم الشفيع مع البائع، إن قلنا: إنها نقل تلف من مال المشتري(٢)، وإن قلنا: إنها فسخ تلف من مال البائع واسترد المشتري ما سلم، أما إذا تلف ما سلم المشتري فالبائع ضامن له(٣).

الثالثة: لو حكم للشفيع بالشفعة فالعهدة في درك(٤) المبيع وكتب الكتاب(٥) على البائع(٦) إن جعلناها فسخاً، وعلى المشتري(٧) إن جعلناها نقلاً.

---

(١) المختار قيمته. (قرر).

(٢) ولا ضمان على البائع؛ إذ هو كالأمانة لا يضمن إلا ما جنى أو فرط. (قرر).

(٣) يعني: يتلف من ماله. (قرر).

(*) لعله إن قلنا: إنها فسخ[١]، وأما إذا جعلناها نقلاً فإنه يتلف من ماله، ويسلم للمشتري ثمن الشفيع.

(*) يعني: إذا قلنا: إنها فسخ، وأما إذا قلنا: إنها نقل فقد ملك البائع ما دفع إليه المشتري، فهو ماله. (قرر). فحينئذٍ لا ضمان على البائع.

(٤) يعني: إذا استحق المبيع على الشفيع. (لمعة، وزهور).

(*) يعني بالعهدة: الرجوع بالثمن عند الاستحقاق على من أخذه منه من بائع أو مشتر. (زهور).

(٥) قال الفقيه حسن: معناه كتب الكتاب بينهما: هذا ما شفع فلان على فلان، فأما أجرة الكاتب فعلى طالبه منهما. (صعيتري). وقيل: العمل على العرف. (قرر).

(٦) قال الفقيه حسن: المعنى أنه[٢] يكتب: هذا ما شفع فلان بن فلان على المشتري فلان، أو على البائع فلان [بن فلان]. لا أن غرضه أجرة الكتابة فهي على صاحب الورقة. (زهور). وهو الشفيع. وقيل: الطالب للكتاب.

(٧) بل تكون على من هو في يده، كما تقدم في قوله: «فيؤخذ من حيث وجد».

---

[١] لأن الفسخ يوجب على البائع رد الثمن أو بدله للمشتري.

[٢] وصورة كتب الكتاب أن يكتب: هذا كتاب ما ثبت من استحقاق فلان بن فلان على المشتري فلان بن فلان، أو البائع - الشفعة في الموضع المحدود بكذا وكذا، استحق ذلك عليه بالشفعة، وصار ملكاً للشفيع خارجاً عن ملك المشتري. وإن ذكر سبب الشفعة من الخلطة أو الجوار فهو أجود، وإن سكت عن ذلك فلا بأس، ويذكر الثمن أنه كذا، وأن المأخوذ منه المبيع قبضه واستوفاه؛ ليقع له الرجوع عند الاستحقاق، وإن سكت عن ذكر الثمن لم يمنع ذلك تملك الشفيع للمبيع. (مقصد حسن).

فأما إذا أخذ الشفيع المبيع من المشتري فإنها تكون نقلاً قولاً[١] واحداً، وإن أخذه من البائع ولم قد يقبض[٢] الثمن فإنها تكون فسخاً[٣] قولاً واحداً[٤]. **(و)** إذا طلب الشفيع الشفعة وعلم الحاكم[٥] يُسْرَه وجب أن **(يحكم للموسر[٦])** بالشفعة[٧] **(ولو)** كان ....

(١) الفائدة الرابعة: إذا قلنا: إنها نقل وأقر المشتري أنه اشتراها بألف، وأقام البائع عليه البينة أنه اشتراها بألفين - لزم المشتري ألفان، ولم[١] يلزم الشفيع إلا الألف، وأما حيث كان فسخاً ينظر فيه. الأقرب أنه يلزم الشفيع ما بيَّن به[٢] البائع؛ لأنه حقه. (بيان).

(٢) لفظ الغيث: ولم يكن قد قبض الثمن.

(٣) قال الفقيه مطهر بن كثير: الفسخ لعقد البيع هنا مجاز؛ إذ لا تؤخذ الشفعة إلا بذلك العقد؛ إذ لو كان حقيقة لزم بطلانها، كما ذكره الصعيتري. (شرح فتح). ومثله في المعيار، وفيه تحقيقٌ واف وبحثٌ شاف، ومثله في شرح البحر لابن لقمان.

(٤) وفي البحر: فيجيء الخلاف أيضاً. وهذا بالنظر إلى الثمن.

(٥) أو ظـن. (شرح فتح) (قرير).

(٦) اليسار: أن يملك ثمن المشفوع فيه من غير السبب الذي يشفع به، إلا أن يكون السبب متسعاً بحيث يبقى جزء يشفع به، وغير ما استثني للمفلس. وفي حاشية: ولا يشترط أن يبقى له ما يبقى للمفلس بعد ثمن المشفوع.

(*) والعبرة باليسار والإعسار عند العقد. وفي الصعيتري: عند الطلب. وقيل: عندهما جميعاً. (قرير). ولو تخلل بينهما إعسار. و(قرير).

(٧) يعني: حكماً مطلقاً، إلا أن يكون معروفاً بالمطل ولا يمكن إجباره حكم[٣] له حكماً مشروطاً بالتسليم. (بيان) و(قرير).

---

[١] ولفظ البحر: **مسألة**: الإمام يحيى والشافعي: ولو قال المشتري: اشتريت بألف، فبين البائع أن العقد كان بألفين، وحكم له - لم يلزم الشفيع الألف الآخر؛ لاعتراف المشتري أنه ليس من الثمن. أبو حنيفة: بل يلزمه؛ إذ المشتري كالوكيل؛ فما لزمه لزمه. قلت: هو معترف أنه غير لازم له. (بلفظه من الشفعة).

[٢] وينظر لو لـم يبين البائع وهي فسخ، هل يقبل قوله في قدر الثمن كالمشتري أم لا؟ الظاهر أنه كالمشتري، فيقال فيه ما تقدم. (من هامش البيان).

[٣] والمراد بهذا حيث لا يكون الحكم سبباً في تعدي الشفيع وظلمه في ذلك، وإلا لم يحكم له إلا بعد تسليم الثمن. (شرح بحر بلفظه) و(قرير).

(في غيبة(١) **المشتري**(٢)**)** لأن القضاء جائز على الغائب عندنا، وسيأتي الخلاف فيه(٣). **(و)** إذا طلب الشفيع من الحاكم الإمهال بدفع الثمن وجب أن **(يمهل)** ما رآه الحاكم، وتكون غايته **(عشراً**(٤)**)**، وعند القاسم والمؤيد بالله والفقهاء: لا تجوز الزيادة على الثلاث. **(ولا تبطل)** شفعته **(بالمطل)** الزائد على المدة التي ضربها الحاكم(٥) ....

(١) بريداً. (قرير).

(*) وهذا بعد أن طلب الشفيع إلى المشتري، أو حيث كانت غيبة المشتري فوق الثلاث فلم يحتج الشفيع إلى أن يذهب للطلب إلى المشتري. (حاشية سحولي لفظاً). ينظر هل يوافق هذا كلام أهل المذهب.

(٢) مبني على أنه قد طلب ثم غاب المشتري مسافة قصر. (قرير). أو على كلام الفقيه علي الذي تقدم أنه يرفع قصته إلى الحاكم ولا يلزمه السير. أو على أن الغيبة[١] فوق ثلاث، ذكره في حاشية سحولي.

(*) أو تمرده عن الحضور. (حاشية سحولي) (قرير).

(٣) في القضاء.

(*) يعني: في الغيبة.

(٤) قلت: الأقرب أن ذلك موضع اجتهاد للحاكم متحرياً للتنفيس غير المضر، ويختلف باختلاف [أحوال أهل] الجهات والأشخاص والأثمان، وذلك مقتضى كلام الهادي في الأحكام. (بحر بلفظه).

(*) تحديداً.اهـ وقيل: بنظر حاكم.اهـ ولو شهراً.

(٥) بل يحبسه الحاكم حتى يسلم الثمن، فإن تمرد أو غاب غيبة يجوز معها الحكم عليه قضى الحاكم عنه من ماله، فإن احتاج إلى بيع شيء من ماله باعه حتى المشفوع[٢]، ويسلم ثمنه. (بيان) (قرير).

---

[١] ينظر هل يأتي هذا على كلام أهل المذهب أم لا؟ (قرير).

[٢] ولو قبل قبضه إذا أخذه بالحكم؛ لأنه ملك قهري كالميراث.اهـ وإن كان بالتراضي أمر الحاكم بقبضه[٠]، وباعه عنه. (عامر) (قرير).

[٠] فإن تلف قبل قبضه بطل ملكه وكان من مال المشتري إن كان قد قبضه، وإلا فمن مال البائع. (غاية) (قرير).

(إلا لشرط[١]**)** يشرطه على نفسه، أو الحاكم[٢]، أو المشتري وقبله[٣].

(و) يحكم بالشفعة **(للملتبس**[٤]**)** حاله في اليسار والإعسار حكماً **(مشروطاً بالوفاء**[٥] **لأجل معلوم)** فإن وفى بالثمن لذلك الأجل وإلا بطل ذلك الحكم، وهل تبطل شفعته بذلك[٦]؟ قال عليه السلام: الأقرب أنه يأتي فيه الخلاف في بطلانها بالإعسار[٧]؛ إذ الظاهر حينئذٍ الإعسار. وليس للحاكم أن يحكم له ناجزاً، قال

---

(١) عائد إلى المفهوم والمنطوق.

(٢) ولو محكماً. و(قرر).

(٣) أي: الشفيع. (بيان). حيث الشارط المشتري، لا الحاكم فلا يحتاج إلى قبول. و(قرر).

(٤) أو موسر عرف بالمطل[1]. (قرر).

(*) وإذا كانت الشفعة للمحجور صح منه طلبها، ويكون بعد الطلب كالمعسر.اهـ ينظر في قياسه على المعسر؛ لأن الإعسار مبطل، بخلاف المحجور، والأولى أن يمهل عشراً كالشفيع الملتبس، وأما الإعسار فهو مبطل. (سماع شامي).

(٥) ويقال: ما الفرق بين هذا وبين ما سيأتي في المفلس أن البائع أولى بها تعذر ثمنه، هلا كان كذلك هنا؟ قال في التذكرة[2]: أخذه بالحكم؛ لأنه ملك قهري كالإرث.اهـ ينظر هل يكون هذا فرقاً أم لا؟ ويمكن الفرق بأن يقال: إن ملك البائع مستقر، بخلاف المشتري فملكه غير مستقر، وهو واضح.

(٦) لا تبطل الشفعة إلا لشرط. (قرر).

(*) لا تبطل. (بيان). إلا لشرط كما تقدم. (بيان معنى). ولفظه: فإذا لم يسلمه له بطل الحكم، ولا تبطل الشفعة إلا أن يشرطها عليه الحاكم أو يشرطها هو على نفسه، أو يشرطها عليه المشتري ويقبل الشفيع شرطه. (بلفظه).

(٧) فإن لم يسلم بطل الحكم، ولا تبطل الشفعة. (قرر).

(*) مع الشرط.

(*) وما حدث من الفوائد بعد الحكم وقبل الخلف للوعد فلمن استقر له الملك. (عامر) (قرر).

---

[١] ولم يمكن إجباره. (قرر).

[٢] لفظ التذكرة: وباع عليه حتى المشفوع ولو قبل قبضه إن أخذه بالحكم... إلخ.

=

الفقيه علي(١): فلو حكم حكماً ناجزاً(٢) نفـذ(٣)؛ لأن الظاهر اليسار(٤)، ولو انكشف إعساره هنا لم تبطل الشفعة، لكن يبيع عليه ماله، ومن جملة ماله المشفوع فيه، فيبيعه عليه(٥).

(و)إذا حضر الشفيع(٦) في مبيع وله شفيع أولى منه، وطلب الشفعة وجب أن يحكم **(للحاضر(٧))** وإنما يحكم له **(في غيبة الأَوْلَى(٨))** ولا يؤخر الحكم إلى

(*) وإذا ادعى المشتري إعسار الشفيع كانت البينة عليه مع اللبس. (كواكب). وقيل: القول قول المشتري؛ لأنه يدعي بعض الأخذ[١] كما تقدم[٢]. (مفتي) (قرر).

(١) وقد روي عنه عدم الصحة. (غيث).

(٢) خطأ. (قرر).

(٣) مع الجهل. وأما مع العلم فيكون قدحاً في عدالته.اهـ ولا ينفذ حكمه. (قرر).

(٤) بل لأجل الخلاف، والمسألة اجتهادية، وينفذ حكمه مع الجهل. (قرر).

(٥) والسبب.

(*) ولو قبل القبض. (شرح أثمار). إن كانت بالحكم، فإن كانت بالتراضي فلا بد من القبض من الحاكم. (قرر). [فإن تلف قبل قبضه بطل ملكه وكان من مال المشتري إن كان قد قبضه، وإلا فمن مال البائع. (غاية) (قرر)].

(٦) عند الحاكم.

(٧) يعني: الطالب. (أثمار معنى) (قرر).

(٨) عن مجلس الحكم[٣].اهـ ولم يكن قد طلب.

---

[١] ومثله في البيان، ولفظه: فــرع: وإذا بلغ الصبي وادعى أنه كان له مال عند البيع، وأنكره المشتري – فالبينة عليه. وقال في التذكرة: القول قوله. وإذا ثبت المال فإن كان الولي سكت، وادعى المشتري أنه لعدم المصلحة في الشفعة – فالبينة عليه وفاقاً، وإن ادعى أنه تركها وأنكر الصبي فالبينة على المشتري وفاقاً أيضاً، وإن تصادقا على ترك الولي لها واختلفا في المصلحة فالبينة على المشتري عند الهادي عليه السلام، وإلا حلف الصبي ما يعلم المصلحة في تركه. وعند الناصر والمؤيد بالله: أن البينة على الصبي بعدم المصلحة، وإلا حلف المشتري ما يعلم أن الولي ضيع حقه. وقال أبو طالب والمنصور بالله: القول قول المشتري حيث الولي هو الأب، لا حيث هو غيره فالقول قول الصبي. (بيان بلفظه).

[٢] في النكاح في قوله: «وبعض الأخذ... إلخ».

[٣] وكذا مع حضوره قبل طلبه. (كواكب) (قرر).

=

حضور من هو أولى منه. **(ومتى حضر**(١)**)** الأولى -وهو الخليط مثلاً بعد الحكم للجار- فطلب الشفعة **(حكم له)** بها؛ لأن الحكم الأول كالمشروط بأن لا يقوم من هو أولى منه **(وهو معه كالمشتري**(٢) **مع الشفيع)** أي: والجار إذا حكم له ثم جاء الخليط كان الجار كالمشتري، والخليط كالشفيع، فإذا كان الجار قد استهلك(٣) شيئاً من الفوائد كان الحكم فيه(٤) ما تقدم في استحقاق المشتري للفوائد.

(*) أو عدم طلبه، أو عدم علمه بالبيع. (قرز).

(*) أو حضوره، أو عدم علمه، أو معهما وله عذر مانع كان زوال المانع كحضور الغائب وعلم الجاهل. (قرز).

(١) وطلب. (فتح) (قرز).

(*) يعني: طلب. (شرح فتح).

(٢) صوابه: كالشفيع مع المشتري. (شرح فتح).

(*) ظاهره أن له مطالبة من شاء[١] من المشتري أو الشفيع؛ لأنه قال: «وهو معه كالمشتري مع الشفيع». وقيل: ليس له طلبه، وإنما يطلب المشتري. (شرح فتح). ولهذا لو تنوسخ لم تكن العقود موجبة. وظاهر الأزهار والبيان يطلب من شاء.

(*) وللخليط طلب الجار أو المشتري، ولا يقال: إذا كان الجار كالمشتري كان المشتري كالبائع فليس له طلبه إلا حيث المبيع في يده، بل له طلب أيهما شاء. وقيل: له أن يطلب المشتري لا الشفيع، وليس كالمشتري من كل وجه؛ إذ لو تنوسخ من يده فليس كل العقود موجبة للشفعة، كما في البيان. (إملاء هبل). وقال المفتي: أقول اجتهاداً: إن المشتري كالبائع، والشفيع كالمشتري، وفيه ما فيه من الأحكام. (قرز).

(٣) وكذا لو بقيت.

(٤) في أنه يأخذ الثمرة إن كانت متصلة لا منفصلة، لكن يحط بحصتها من الثمن إن شملتها الشفعة؛ بأن تكون موجودة عند أن يحكم للأول بالشفعة. (نجري) (قرز). وفي تذكرة علي بن زيد ما لفظه: فأما ما قد استثمره الأول -وهو الجار- فهو لا يحكم للثاني به، بل يفصل فيه، فإن كان قبل الحكم للثاني فهو لا يستحقه الثاني؛ لأنه حادث بعد الشراء، وإن شمله الحكم فهو للثاني. (عامر). وقرره الشامي. وهو يفهم من قوله: «حادث بعد الشراء»أن الثاني يستحق ما شمله العقد، لا ما حدث بعد العقد فللأول، فلا يحط بحصته من الثمن. (قرز). وفائدة الخلاف بينهما في الحط لا غير. [وأما ما كان موجوداً وقت البيع فللشفيع إن بقيت، وإلا حط بحصتها من الثمن. (قرز)].

---

[١] ويكون المشتري كالبائع، والشفيع كالمشتري. (مفتي) (قرز).

وعن الحقيني: أنه لا يطيب شيء من الفوائد للجار، يعني: بل يردها للمشتري.

(و) إذا بعث الشفيع الغائب وكيلاً يطالب له بالشفعة، فلما طلب قال المشتري: «أطلب يمين من وكلك أنه ما سلم لي الشفعة، أو ما قصر بعد أن علم» وجب أن يحكم **(للوكيل**(١) **وإن طلب المشتري يمين الموكل**(٢) **الغائب**(٣) **في نفي التسليم أو التقصير)** قال الفقيه يحيى البحيبح: فإذا جاء الشفيع ونكل بطل الحكم(٤)؛ لأنه كالمشروط.

---

(١) ولو طلب يمين الوكيل أنه «ما يعلم أو يظن أن موكله تراخى أو سلم» وجبت؛ لأنه يلزم بإقراره حق لآدمي، وهو ترك المطالبة. (سماع). وهل تبطل شفعة الموكل بنكوله؟ لعله يأتي على الخلاف[١] في إقرار الوكيل؛ لأن النكول كالإقرار. (قرير).

(٢) (إلا) أن تكون اليمين المطلوبة[٢] هي (المتممة) للشاهد (أو المؤكدة) لشهادة الاثنين (أو المردودة) إذ الأصلية على المشتري في أنه لا سبب للشفيع يشفع به أو نحو ذلك، فإذا ردها على الشفيع لزمت، (فبعدها) يكون الحكم من الحاكم، لا قبلها؛ إذ هي التي توجب الحق ويسند إليها الحاكم حكمه، هكذا ذكره الفقيه علي، وقرره المؤلف. (شرح فتح).

(*) ينظر لو مات الموكل؟ حلف الورثة على العلم. وقيل: تورث، فيحلف الوارث أن مؤرثه ما تراخى ولا سلم. فإن لم يكن ثم وارث؟ قيل: تبطل. (قرير). لتعذر اليمين.

(*) فإن قال: «موكلي لا يحلف» كان نكوله كنكول موكله يبطل الشفعة. و(قرير).

(٣) عن المجلس. (قرير).

(٤) في دعوى التسليم لا التراخي؛ لأنه قد وافق قول قائل، إلا أن يكون مشروطاً بعدم التراخي. (عامر). وقيل: لا فرق. وهو ظاهر عبارة الشرح.

(*) وما حصل من الفوائد بعد الحكم وقبل الحلف فلمن استقر له الملك. (عامر).

---

[١] تبطل به. (قرير).

[٢] قال الفقيه علي: ويتفقون في اليمين المردودة والمؤكدة والمتممة إذا طلبت من الموكل أنه لا يحكم للوكيل حتى يحلف الموكل. وقال الفقيه حسن: بل الخلاف في الكل إلا في المتممة. (بيان بلفظه). ولعله حيث أنكر المشتري السبب المشفوع به. (فتح). وكذا في دعوى قدر ثمن المشفوع وجب تأخير الحكم لذلك. (نجري) (قرير).

وقال أبو يوسف: لا يحكم حتى يحضر الشفيع فيحلف بالله لقد طلبها وما سلمها.

قال ابن أبي الفوارس: وهكذا نص الهادي عليه السلام في المنتخب.

وإذا عرف الحاكم إعسار الشفيع فإنه **(لا)** يحكم بالشفعة **(للمعسر**[١] **وإن تغيب)** بعد طلبه للشفعة **(حتى أيسر)** وحضر وطالب، فإنه لا يحكم له بعد إيساره، وذلك مبني على قاعدة، وهي أن مجرد الإعسار كاف[٢] في بطلان حق الشفيع[٣]، ذكره ابن أبي الفوارس، ومثله في الزيادات.

وقال القاضي زيد وصاحب البيان[٤]: إن مجرد العدم لا تبطل به الشفعة، بل يحكم له حكماً مشروطاً بأن يسلم الثمن في مدة الأجل.

وقال علي خليل[٥] وأبو جعفر[٦]: إنها لا تبطل بالعدم إن كان يرجو إمكان القرض[٧]، فإن كان لا يرجو بطلت.

(والحط والإبراء والإحلال[٨] **من البعض**[٩] ....

---

(١) حال العقد، وكذا لو كان موسراً ثم أعسر حال الطلب بطلت. (قرير).

(٢) يعني: لا يحتاج إلى حكم بالبطلان.

(٣) مع الاتفاق، وإلا فلا بد من الحكم. (قرير).

(٤) والدواري.

(٥) والمؤيد بالله والمنصور بالله، ذكره في مذاكرة الدواري.

(٦) وهو مذهب إمامنا المتوكل على الله إسماعيل، ويجعل له أجلاً كأجل الموسر مشروطاً، فإن وفى لذلك الأجل وإلا بطلت شفعته.

(٧) إذ الجاه أحد المالين. واختاره إمامنا المتوكل على الله عليه السلام وصرح به في المسائل المرتضاة، أن مجرد الإعسار لا يبطلها، بل يمهل مثل الغني .اهـ وهو مقتضى عموم الأدلة؛ إذ لم يقيد ثبوت الشفعة باليسار.

(٨) والإسقاط. (قرير).

(٩) فأما حط الكل فلا يلحق اتفاقاً؛ إذ لو لحق العقد بطل؛ إذ يصير كأنه عقد بغير ثمن، فإن حط دفعات لم تلحق الدفعة الأخيرة. (بحر). فإن التبس هل دفعة أو دفعات بطلت.

قبل القبض(١) **يلحق العقد**(٢)**)** بمعنى: أنه يصير كأنه عقد بما بقي بعد الحط، فلا يلزم(٣) الشفيع أن يسلم للمشتري إلا ما بقي من الثمن.

قوله: «من البعض» يعني: فلو حط الكل(٤) ....

(١) فلو التبس الحط والإبراء هل وقع قبل القبض أو بعده أتى على الأصلين، على قول الهادي: القول للشفيع[١]. و(قرر). ينظر. (سماع سيدنا عبدالقادر رحمه الله) (قرر). وسيأتي الأزهار في قوله: «والحط وكونه قبل القبض».

(٢) إذ لو رده المشتري بعيب لم يرجع إلا بما بقي بعد الحط، فكأن العقد وقع بما بقي فقط، وإذا لحق بالعقد ثبت للشفيع كالمشتري. (بحر). ينظر في هذا، فإن ظاهر المذهب أن الحط والإبراء كالاستيفاء، فيرجع بكل الثمن، كالمرأة إذا أبرأت من المهر، فهلا قيل: يأتي الخلاف الذي مر بين أبي طالب والفقيه يحيى البحيبح. (سحولي) (قرر)[٢]. وهذا قريب إلا أن يفرق بين المهر والبيع والثمن أن المهر في حكم المقبوض؛ ولهذا يصح التصرف في المعين منه بجميع أنواع التصرفات قبل قبضه، وإذا تلف تلف من مالها، وضمنه الزوج. والمبيع إذا تلف بطل البيع، ورجع المشتري بالثمن لا بالقيمة، بخلاف[٣] ما إذا ردت بخيار الرؤية [العيب (نخ)] رجعت بقيمته على الخلاف، هل يوم العقد أو يوم الرد، بخلاف المبيع إذا رد رجع بالثمن، فهذا فرق كاف في منع القياس. (شامي)[٤].

(٣) وكذا لو كان المبيع معيباً فرضي به الشفيع فرجع المشتري بالأرش على البائع، فإنه يحط للشفيع من الثمن، ذكره في البيان.

(٤) دفعة واحدة.

(*) إذا كان الحط دفعة، وإن كان دفعات شفع بآخر دفعة. (بحر) و(قرر). وإن التبس آخر دفعة بطلت الشفعة؛ لجهل الثمن. (عامر) و(قرر).

---

[١] لأن الأصل عدم القبض.اهـ وعلى أصل المؤيد بالله الأصل الأول، وهو لزوم الثمن.

[*] فإن بين كل واحد منهما على دعواه وأطلقا حمل البينتان على السلامة، فيحمل على أنه حط نجمتين: نجمة قبل القبض ونجمة بعده، أو أنه وهب بعضاً وحط بعضاً. (غيث) (قرر). فيعمل ببينة الشفيع؛ لأنها عليه في الأصل. (سماع سيدنا حسن بن أحمد رحمه الله).

[٢] وقد تقدم ما يؤيد هذا مسألة في النكاح على قوله: «ثم إن طلق قبل الدخول».

[٣] في هامش حاشية السحولي: بخلافها، وبأنه إذا رد بخيار العيب رجعت ... إلخ.

[٤] وقرر كلام السحولي كما تقدم عن الفقيه يحيى البحيبح في البيع [في البيان] في قوله: «فصل: وإذا لم يقع من المشتري رضا بالعيب» إلى أن قال: **فرع:** وإذا فسخ المبيع بالعيب... إلى أن قال: خلاف الفقيه يحيى البحيبح.

لم يلحق العقد(١) في حق الشفيع، بل يشفع بجميع الثمن.

وقوله: «قبل القبض» يعني: قبل قبض المبيع(٢) **(لا بعده(٣))** أي: لا إذا وقع الحط أو نحوه بعد القبض فإنه لا(٤) يلحق **(ولا)** لو كان الحط بلفظ **(الهبة(٥) ونحوها)** من نذر أو تمليك أو صدقة لم يلحق(٦) في حق الشفيع **(مطلقاً)** أي:

---

(١) اتفاقاً؛ إذ لو لحق العقد بطل؛ إذ يصير كأنه عقد بغير ثمن. (بيان).

(٢) صوابه: قبل قبض الثمن. (قرير).

(*) والذي يذاكر به قبل قبض الثمن، وقد وقع في هذه المسألة مراجعة كثيرة لمولانا عليه السلام فما رجع عن ذلك، وراجعته مرة أخرى وقلت: المذكور الثمن، وقد ذكره الفقيه يوسف، فقال: إن صح ذلك فلا بد أن يكون قبل قبض المبيع أيضاً؛ إذ الأصول تقتضيه، ثم إنه استنبط تعليل ذلك وتقريره وألحقه في شرحه، فقال: إنما لم يلحق إذا كان بعد القبض لأن الحط بعد التقابض بمنزلة عقد جديد؛ لمجيئه بعد تمام العقد بالتقابض، فأشبه الهبة، بخلاف الحط قبل القبض فهو كالواقع قبل تمام العقد بالإيجاب والقبول؛ بدليل تلف المبيع حينئذٍ من مال البائع لا من مال المشتري، فكان القبض من تمام العقد، هكذا ذكره عليه السلام بلفظه. (نجري بلفظه).

(٣) لأنه بعده تمليك وليس بحط.

(٤) قيل: هو بعد القبض تمليك، والحط والإبراء والإحلال إنما يكون قبل القبض، ولأنه ليس من ألفاظ التمليك، وإذا رده إلى المشتري كان إباحة، إلا أن يجري عرف بأنه تمليك. (راوع).

(٥) والفرق بين الهبة ونحوها وبين الحط ونحوه أن الهبة ونحوها تمليك جديد وعقد آخر فلا يلحق[١]، بخلاف الحط ونحوه فإنه إسقاط لبعض الثمن، فلا يسلم إلا المدفوع[٢]. (نجري).

(٦) ولو حيلة. (عامر). ولفظ حاشية السحولي: أما لو باع الشيء القليل بالثمن الكثير ونذر على المشتري أو وهب له الزائد على ثمن المبيع المعتاد، أو قضاه عن الثمن عرضاً قدر الثمن المعتاد، أو باعه منه بدنانير وقضاه عن الدنانير دراهم قدر ثمن المبيع الذي تراضيا به – فهذه صور لا تبطل الشفعة، لكن يخير الشفيع إن شاء سلم ما وقع عليه العقد وشفع وإن كان كثيراً، وإن شاء ترك وامتنع. (لفظاً) (قرير).

---

[١] قد ذكروا أن هبة الدين إسقاط. (مفتي). قد جعلوا لاختلاف الألفاظ مدخلاً في اختلاف الحكم فلا اعتراض. (شامي) و(قرير).

[٢] سيأتي أن الهبة إسقاط فينظر.اهـ ليس بإسقاط؛ لأنها تفتقر إلى القبول. (قرير).

سواء كانت قبل القبض أم بعده.

(والقول للمشتري[(١)] **في قدر الثمن**[(٢)] **وجنسه**[(٣)]**)** قال عليه السلام: وكذا في نوعه[(٤)]، فإذا قال الشفيع: الثمن خمسون، وقال المشتري: بل مائة، أو قال: بدراهم، وقال المشتري: بدنانير - فالقول قول المشتري.

قال الفقيه حسن: [(٥)] هذا إذا اختلفا والمبيع في يد المشتري؛ إذ لو سلم إلى الشفيع ثم اختلفا بعد ذلك ....

---

(١) ووصيه ووارثه. (قرير).

(٢) **تنبيه**: إذا أقاما جميعاً البينة في قدر الثمن حكم ببينة الشفيع؛ لأنها عليه في الأصل. (غيث) (قرير).

(٣) وجهله، ونسيانه، وصفته. (قرير).

(*) إذ هو مباشر للعقد، فالظاهر معه، ولتقرر ملكه، فلا ينتقل إلا بما يقر به. (بحر).

(*) فلو أقر البائع بأن الثمن دون ما ادعاه المشتري، فإن كان إقرار البائع قبل قبض الثمن كان ذلك كالحط، فلا يلزم الشفيع إلا ما أقر به البائع، وإن كان بعد قبض الثمن فالقول قول المشتري، ولا حكم لإقرار البائع. (حاشية سحولي لفظاً) (قرير).

(*) إذا كان يتعامل به في البلد، وإلا كان عليه البينة. (عامر). لا فرق.اهـ وكذا[١] حيث ادعى كل واحد غير نقد البلد أو كان فيها النقدان مستويين. (قرير).

(*) حيث ادعى ما يتعامل به في البلد. (قرير). أو كان فيها نقدان مستويان. (قرير).

(٤) وصفته وفساد العقد. (قرير).

(٥) وقال المؤلف: بل القول قول المشتري وإن لم يكن في يده، بل في يد الشفيع، وإنما خالف ما تقدم من أن القول قول المشتري مطلقاً، والشفيع كالمشتري، وقال هنا: القول قول المشتري مطلقاً - قال: لأن الشفيع ليس كالمشتري في ذلك الحكم؛ لأن المشتري مباشر للعقد فالظاهر معه؛ إذ هو أعرف بذلك، ولأن ملكه متقرر فلا ينقض إلا بما يقر به، بخلاف الشفيع؛ بل هو يدعي استحقاق النقل والأصل عدمه. (شرح فتح).

---

[١] يعني: القول قول المشتري.

كان القول(١) قول الشفيع(٢)، كالبائع والمشتري إذا اختلفا في الثمن وقد قبض المشتري المبيع.

(و) القول للمشتري في **(نفي السبب**(٣) ....

(١) **فائدة**: لو ادعى الشفيع أن المشتري سيم [أي: زيَّدَ] في الثمن هل تلزم اليمين وإن لم يتحقق الشفيع الحيلة أَوْ لا؛ لأن يمين التهمة من حقها أن يكون المدعي قاطعاً في المدعى فيه شاكاً في المدعى عليه، وهذا لم يقطع بالحيلة من المشتري؟ قيل: الظاهر صحة الدعوى أن الثمن دون ما ادعاه المشتري، أو جنس آخر، أو أن صفته غير ما ذكر، أو أنه حط بعض الثمن، أو أبرأ منه، كما لو ادعى على المقر أو وارثه أن المقر به فوق ما فسره[١]، وكذا وارث الموصي، وله نظائر كثيرة، ولا وجه لاستبعاد صحة ما ذكر وتخطية الحاكم في ذلك، وهذا مذكور في آخر كتاب الشفعة من البحر. (من خط السيد أحمد بن علي الشامي). ولفظ البحر: **مسألة**: ولو قال: اشتريته بألف. فقال الشفيع: لا أعلم هل اشتريته بأقل أو بأكثر – لم تجب اليمين حتى يقطع [الشفيع] بدعوى شرائه بأقل؛ إذ لا تجب على أمر المدعي شاك في ثبوته. الإمام يحيى: بل تجب؛ إذ لا يستحق المشتري الألف بمجرد الدعوى. (بلفظه).

(٢) وقيل: لا فرق. (بيان) (قرر).

(٣) وذلك لأن الأصل عدم ثبوت الشفعة؛ ثم لو بين المشتري كانت على النفي، أو أنه لفلان وهو غير مدع، فلم تصح. (بحر). قيل: هذا التعليل فيه نظر؛ لأن تعذر البينة على المشتري لا يوجب كون البينة على الشفيع، وأيضاً فإنه يمكن أن يقيم البينة على إقرار الشفيع أنه لا يملكها. (زهور).

(*) **فرع**: وإذا سلم المشتري المبيع للشفيع ثم ادعى أنه لا يملك السبب فإن البينة عليه، وتقبل بينته[٢] إن كان ناكر الشفيع عند طلبه[٣]، لا إن كان صادقه فلا تقبل بينته[٤]، ذكره المؤيد بالله. (بيان) (قرر).

---

[١] أما يمين التفسير فمستقيم؛ لقبول الجهالة في الوصية والإقرار، وليس كذلك هنا. (سيدنا حسن رحمه الله) (قرر).

[٢] وتكون على إقرار الشفيع بأنه لا يملكه أو أنه لفلان، لا على أنه لا يملكه فهي على النفي فلا تصح. (بستان بلفظه).

[٣] قلت: ولعل الوجه حيث تقدمت خصومة أن يكون سلمه تفادياً للخصومة.

[*] أو سكت كما تقدم في المسألة الثامنة من فصل جوار المبيع. (قرر).

[٤] إلا أن يدعي المشتري أنه جهل ملك الشفيع السبب فسلم ظناً منه أنه يملك السبب ثم بان خلافه فإنها تقبل دعواه وبينته. ويحلف أنه سلمه ظناً منه ملك السبب إن نوزع في الجهل. (قرر).

وملكه[١]**)** فإذا قال المشتري للشفيع: «إنه لا سبب لك تستحق به الشفعة، أو هذا السبب الذي تطلب به الشفعة ليس بملك لك» فالقول قوله، والبينة على الشفيع[٢].

(و)القول للمشتري في نفي **(العذر**[٣] **في التراخي**[٤]**)** فإذا تصادق الشفيع والمشتري على أنه قد وقع تراخ من الشفيع حين علم، لكن قال الشفيع: التراخي كان لعذر، وأنكر المشتري ذلك - فالقول قول المشتري[٥]، مثال ذلك أن يقول

---

(١) وكذا الشفعاء فيما بينهم. (قرر).

(٢) قال في الغيث: وإنما كانت البينة على الشفيع وإن كان معه الظاهر لأن من الظاهر معه فالقول قوله إذا ادعي عليه حق مخالف للظاهر، لا إذا ادعى بالظاهر حقاً فعليه البينة، كهذه المسألة. (غيث) (قرر).

(*) ولو كان الظاهر معه فهو يريد إلزام المشتري حق الشفعة، كما إذا ادعى القاذف على المقذوف المجهول أنه عبد أو كافر فعلى المقذوف البينة بالحرية والإسلام ولو كان الظاهر معه؛ لأنه يريد إلزام القاذف الحد. (بحر، وبيان).

(٣) وإذا ادعى الجهل بذلك فلعله يقبل قوله[1] مع يمينه، كما إذا بلغت المزوجة وتراخت، ثم فسخت من بعد وادعت أنها جاهلة لثبوت الخيار لها. (كواكب)[2].

(٤) إذ الأصل عدمه. (بحر لفظاً).

(*) وكذا الشفعاء فيما بينهم. (قرر).

(٥) وأما إذا ادعى المشتري التراخي وأنكر الشفيع كان القول قول الشفيع. و(قرر). والبينة على المشتري، وإلا كانت على نفي.

(*) مع يمينه.

---

[١] مع الاحتمال. (قرر).

[٢] قال في التذكرة: ومنها [أي: من مبطلات الشفعة] ترك طلبها لأن سببه مغصوب. قال في الكواكب: قوله: «مغصوب» أما على قول المؤيد بالله فتبطل مطلقاً، وأما على قول الهادي فالمراد به إذا علم ثبوتها له، فأما إذا جهل وظن أن غصب سببه يبطل شفعته فلا تبطل شفعته، وإذا ادعى الجهل الخ.

الشفيع: ما تراخيت إلا أني سمعت[(١)] أن البائع وهب منه[(٢)] سهماً؛ فلذلك أعرضت عن طلبها، فتكون عليه البينة أن مخبراً أخبره بذلك[(٣)]، وكذا لو قال: «أخبرت[(٤)] أنها اشتريت بكذا فتركت الطلب» كان عليه البينة[(٥)].

(و)القول للمشتري[(٦)] في نفي **(الحط**[(٧)] **و)**نفي **(كونه)** وقع **(قبل القبض**[(٨)]**)** فلو ادعى الشفيع أن البائع حط للمشتري من الثمن، أو اتفقا على

---

(١) لا «ظننت» فالقول قوله. (قرير).

(٢) والحال أن الشفيع غير خليط. (قرير).

(*) والحال أن الشفيع قد وهب منه. (قرير).

(٣) ولو كان المخبر صغيراً أو كافراً. (قرير).

(*) فإن لم يبين حلف المشتري وبطلت الشفعة. لكن كيف تكون يمين المشتري؟ ولعله يحلف ما يستحق الشفيع عليه الشفعة. (كواكب) (قرير).

(*) ولا يقال: إن هذا مخالف لما تقدم حيث قال: «ظننت أن الشراء لزيد»، فإنه هنا ادعى ما يمكن البينة عليه، بخلاف ما تقدم فلا يعرف إلا من جهته فكان القول قوله، وقد ذكره في الزهور.

(٤) وظاهره سواء كان المخبر عدلاً أم لا، وسواء حصل له ظن بصدقه أم لا، ما لم يظن الكذب، كما هو مقرر في سائر المواضع. (حاشية منسوبة إلى المفتي).

(٥) فلو بين الشفيع أنه شفع حين علم، وبين المشتري أن الشفيع علم يوم كذا، فلا بد أن تشهد بينة الشفيع أنه طلب في ذلك الوقت الذي أرخ به المشتري. (تذكرة معنى).

(٦) ووارثه.

(٧) وقدره. (قرير).

(٨) ويحتمل أن القول قول الشفيع؛ لأن الأصل عدم القبض، ويحتمل أن يقال: يرد إلى الأصل الثاني، وهو أن لا قبض على أصل الهادي، وعلى أصل المؤيد بالله إلى الأصل الأول، وهو لزوم الثمن جميعه. (زهور).

(*) لأن[١] الحط والإسقاط إنما يستعملان قبل القبض.

---

[١] في نسخة: إلا أن الحط ... إلخ، وهو الصواب؛ لأن ذلك تعليل لكون القول قول الشفيع كما في البيان.

=

أنه حط، لكن قال المشتري: بعد القبض، والشفيع: قبله- كان القول قول المشتري[١]. وكذا إذا قال المشتري: بلفظ الهبة[٢]، وقال الشفيع: بلفظ الحط، فإن القول قول المشتري[٣].

(و) القول **(للشفيع**[٤] **في قيمة الثمن العرض**[٥] **التالف**[٦]**)** أي: إذا كان ثمن المبيع عرضاً، وجاء الشفيع وقد تلف[٧]، واختلف هو والمشتري في قيمته-

---

(*) **تنبيه**: إذا أقاما جميعاً البينة في قدر الثمن حكم ببينة الشفيع؛ لأنها عليه في الأصل. (غيث) (قرير). وذلك لأن من عليه البينة في الابتداء فبينته أولى عند الاجتماع، وأيضاً فبينة المشتري تشهد على إقراره لنفسه، وبينة الشفيع على إقرار المشتري لغيره؛ فكانت أولى، فكأنه أقر بحق له وبحق عليه، ولأنا نحمل البينتين على عقدين، وللشفيع أن يأخذ بالأقل منهما تقدم أو تأخر، أو على عقد وقع بعده حط. (بستان).

(*) **مسألة**: وإذا نسي قدر ثمن المبيع فلا شفعة فيه، إلا أن يتراضى البائع والمشتري على شيء معلوم ثبتت به الشفعة، ذكره في التقرير. (بيان). يقال: قد بطلت، وتراضيهما على تسليم قدر معلوم عوضاً عن الثمن لا يجددها؛ لأنها بالثمن لا بما تراضيا به من بعد. (شامي).

(١) وهو الأصل الأول على قول المؤيد بالله؛ لأن الأصل لزوم الثمن، وعلى قول الهادي القول للشفيع؛ لأن الأصل عدم القبض، وهو الأصل[1] الثاني. (كواكب معنى).

(٢) ونحوها.

(٣) لأنا قد تيقنا لزوم الثمن كله، وشككنا في سقوط بعضه، فلا يترك اليقين بالشك. (بستان).

(٤) ووارثه.

(٥) العرض: لجميع المثلي والقيمي غير الذهب والفضة، فالأولى أن يقال: القيمي، فافهم.

(*) العرض: ما عدا النقدين. (قاموس).

(*) يوم العقد. (سحولي). ومن ادعى زيادة قيمة العرض الباقي أو نقصانه عن وقت العقد فعليه البينة.

(٦) وفي الفتح: لا وجه لتقييده بالتالف. (قرير).

(*) عبارة الأثمار: «في قيمة القيمي، سواء كان باقياً أم تالفاً». (قرير).

(٧) لا فرق بين الباقي والتالف، بل القول للشفيع مطلقاً. (قرير).

---

[١] مستقيم مع لبس الحط هل وقع قبل القبض أم بعده. (قرير).

فالقول قول الشفيع.

وقال أبو حنيفة، وهو أحد قولي المؤيد بالله: إن القول قول المشتري.

قال عليه السلام: وإنما قلنا: «التالف» لأنه لو كان(١) باقياً زال التشاجر بتقويمه(٢).

(و)إذا اشترى رجل أرضاً أو أرضين، وجاء الشفيع فشفعه فيهما جميعاً، فقال: إني اشتريتهما صفقتين(٣)، وقال الشفيع: بل صفقة واحدة- كان القول قول الشفيع في **(نفي الصفقتين**(٤)**)** وإنما يكون القول قول الشفيع **(بعد)** قول

(١) فإن قيل: قد قلتم: إن القول قول المشتري في قدر الثمن، وهذا مثله؟ قلنا: المسألتان مفترقتان من حيث هناك ادعى ما هو مباشر له، وهنا ادعى تقويم المقومين، وهما هنا على سواء. (تعليق الفقيه حسن)[١].

(٢) قلنا: المقومون يختلفون فيؤدي إلى التشاجر، فالقول قول الشفيع مطلقاً، كما قرره المؤلف.اهـ وهو ظاهر البيان أيضاً؛ لأنه لم يتعرض لذكر التالف، بل ذكر العوض وأطلق. (قرير).

(*) مع اتفاق المقومين في التقويم من يوم العقد إلى يوم الشفعة؛ لأن قد تقدم أن القيمة يوم العقد.اهـ فإن اختلف المقومون فكالمهور. (حاشية سحولي) (قرير).

(٣) يعني: عقدين.

(٤) وتحصيل ذلك أن الشفيع لا يخلو: إما أن يكون خليطاً أو جاراً، فإن كان خليطاً مع كون المشتري خليطاً[٢] فالصفقة الأولى للشفيع، والثانية بينهما. وإن كان خليطاً والمشتري جاراً فللشفيع كل الصفقتين[٣]، وإن كان جاراً والمشتري خليطاً فالأولى للشفيع والثانية للمشتري، وإن كانا جارين فالأولى للشفيع، والثانية بينهما[٤]. هذا حاصل ما في التذكرة والبيان وغيرهما. و(قرير)[٥].

---

[١] لفظ تعليق الفقيه حسن: فإن قيل: لم جعلتم القول قول المشتري في قدر الثمن لا في قدر قيمته لو كان عرضاً؟ قلنا: في ثمنه هو مباشر عالم ما سلم، وفي قيمته إنما يدعي تقويم المقومين.

[٢] بالنظر إلى ما يؤول إليه؛ لأنه قد صار خليطاً.

[٣] يتصور مع توسط الحكم.اهـ بل باعتبار ما يؤول إليه المشترى، ومثاله في الحاصل في قوله: وهكذا إذا كان الشفيع خليطاً ...الخ، فتأمل.

[*] ينظر في هذا، بل تكون الصفقة الأولى للشفيع، والثانية بينهما؛ لأن المشتري قد صار خليطاً، وهو صريح كلام الزهور. و(قرير).

[٤] حيث تقدم شراء المباين. و(قرير).

[٥] وتسمية المشتري جاراً أو خليطاً بحسب ما يؤول إليه بعد الشراء، لا أنه جار أو خليط. (قرير).

=

(*) فلو ادعى الشفيع أن شراء المشتري صفقتان فيأخذ أحدهما، وقال المشتري: بل صفقة واحدة - فالقول قول المشتري. (سماع). ومثله عن المتوكل على الله. وعن حثيث: القول قول الشفيع كما في المشتري.

(*) من قوله: «ونفي الصفقتين ..إلخ» وذلك لا يخلو: إما أن يكون الشفيع خليطاً أو جاراً، إن كان خليطاً فالمبيع لا يكون إلا مشاعاً، نحو أن يشتري المشتري ثلثين من دار، كل ثلث صفقة، وللخليط ثلثها، فشفع الثلثين، فإن الصفقة الأولى تكون له؛ لأنه خليط فيها، وليس للمشتري فيها حق، وأما الصفقة الآخرة فإنها تكون بينه وبين المشتري نصفين؛ لأن المشتري بشرائه للثلث الأول قد صار خليطاً أيضاً. وإن كان الشفيع جاراً فالمبيع لا يخلو: إما أن يكون مشاعاً أو مفرزاً، فإن كان مشاعاً استحق الشفيع الشفعة في الصفقة الأولى بحق الجوار، ولم يستحق في الصفقة الآخرة شيئاً؛ لأن المشتري فيها قد صار خليطاً، ولا شفعة للجار مع الخليط، وإن كان المبيع مفرزاً فإن تقدم شراء المباينة لم يكن للشفيع فيها شفعة؛ إذ لا سبب له فيها، فتكون للمشتري، وتكون الملاصقة بينهما نصفين؛ لأنهما قد صارا جارين مستويين في سبب الشفعة، وإن تقدم شراء الملاصق ثبت له الشفعة في الصفقة الأولى كلها دون المشتري، ولم يستحق في الصفقة الآخرة شيئاً؛ إذ لا سبب له فيها حينئذٍ، فتكون للمشتري. وهذا مبني على أن للمشتري أن يشفع بما اشتراه، وأن شراءه استشفاع، وأن المشتري اشترى الصفقة الأخيرة قبل الحكم للشفيع بالأولى.

(*) لم يذكر في شرح الأزهار وهامشه والبيان وهامشه في مسألة الصفقات إلا حيث كان الشفيع خليطاً أو جاراً، لا حيث كانت الشفعة بالطريق أو بالشرب، فالذي تحصل من المذاكرة حيث الشفعة بالطريق أن للشفيع أول صفقة، وباقي الصفقات للمشتري؛ لأنه قد صار خليطاً بالصفقة الأولى، فيكون حكم الشافع بالطريق حكم الشافع بالجوار في مسألة الصفقات. (إملاء بلفظه). وأما حيث الشفعة بالشرب فلا يخلو عقد البيع: إما أن يكون متناولاً لكورة البئر أو الغيل مع الأرض، أو للكورة من دون الأرض، أو العكس، ففي الصورة الأولى يكون الشفيع في الكورة حكم الخليط، لا في الأرض فليس له إلا الصفقة الأولى، وباقي الصفقات للمشتري؛ لأنه قد صار خليطاً بالصفقة الأولى، ومثاله: لو اشترى نصف أرض معها نصف ما يخصها من الكورة صفقة، والنصف الآخر فيهما صفقة، وكان جملة الثمن

=

عشرين، فإن للشفيع الصفقة الأولى فيها، ويسلم في مقابله عشرة ريالات، وله من الصفقة الأخيرة نصف ما يخصها في الكورة، لا من الأرض، فإذا كان قيمة نصف ما يخصها من الكورة ريالين[١] سلمها، فحينئذٍ صح له من الجميع ثلاثة أرباع المبيع من الكورة، ونصف المبيع من الأرض، وعليه للمشتري في الجميع اثنا عشر ريالاً.

نعم، وأما حيث المبيع في الكورة فقط فيكون حكم الشفيع والمشتري حكم الخليط، بل هو خليط حقيقة، فيكون للشفيع أول صفقة، والباقي بينهما. وأما حيث المبيع الأرض فقط فللشفيع أول صفقة. (عن سيدنا عبدالله بن حسين دلامة سماعاً) (قرر). نقل من الأصل.

(*) ما يقال في رجل باع من ضيعته بعضها مشاعاً من زيد مثلاً، ثم أتبع وارثه بيع البعض الآخر مشاعاً من عمرو، فقام الشفيع يدعي السبب في الضيعة، وهو حصة مشاعة، فصادقه عمرو، فهل تصح مصادقته مع كون على المشتري الأول مضرة في إبطال حقه من الشفعة؛ لأنه إن صح السبب لمدعي الحصة استبد بالصفقة الأولى، واشترك هو والمشتري[٢] في الصفقة الأخرى، أو لا تصح المصادقة لاستلزامها مضرة المشتري الأول، كما في الإقرار في قوله: «ويصح بالعلوق ومن المرأة قبل الزوجية وحالها وبعدها ما لم يستلزم لحوق الزوج فلا يصح الإقرار» إلخ، فنقول: الجواب: أن المصادقة لا تصح للعلة المذكورة، وكما قالوا: لو أقر أحد الشركاء في الطريق والمسيل لآخر بنصيب لم يصح إقراره؛ لإدخال المضرة على الشركاء. (من خط شيخنا شرف الإسلام الحسن بن أحمد الشبيبي رحمه الله).

---

[١] والأرض ثمانية، وفي هذا المثال قد استوت القيمة لتلك الصفقة وثمنها، وأما مع الاختلاف، نحو أن يكون الثمن عشرة وقيمة نصف ما يخص تلك الصفقة الأخيرة من الكورة خمسة، وقيمة الأرض عشرة - فإنك تنسب قيمة الحصة من الكورة -وهو خمسة- من جميع القيمة -وهي خمسة عشر- تأتي ثلث، فيسلم الشفيع مثل تلك النسبة من ثمن تلك الصفقة، وقد صرح بمثل ذلك السيد المفتي حيث قال: وللشركاء في كورة البئر الشفعة، ويشاركهم المشتري، وكان للمشتري عليهم من الثمن بقدر حصصهم من الشفعة، منسوباً من القيمتين مع البئر ومع عدمها، وما بينهما فهو اللازم للشركاء وتسقط حصة المشتري من ذلك.اهـ والمطلوب من الناظر التأمل. (من خطه).

[٢] ينظر في قوله: «ويشترك هو والمشتري» لأنه في مثل هذه الصورة يستحق الصفقتين جميعاً، والاشتراك الذي ذكر إنما هو حيث يكون المشتري للصفقتين واحداً. (إملاء سيدنا علي بن أحمد رحمه الله).

المشتري: **(اشتريتهما**[١]**)** فإذا قدم المشتري «اشتريتهما» على قوله: «صفقتين» كان القول للشفيع.

قال أبو مضر والفقيه[٢] محمد بن سليمان: هذا إذا فصل قوله: اشتريتهما؛ إذ لو وصله قبل قوله[٣].

قال الفقيه محمد بن سليمان: وظاهر كلام الحقيني أنه يقبل قوله سواء وصل أم فصل[٤].

قال الفقيه علي: ولا خلاف إذا قدم لفظ الصفقتين، أو إذا قال: اشتريت هذه ثم هذه - أنه يقبل[٥] قوله.

وفائدة[٦] هذه الدعوى هو أن قصده يبطل الشفعة ....

---

(١) قال المفتي: ولا بد أن يكون عارفاً معناه. (قرير).

(*) إذ قوله: «اشتريتهما» يقتضي وجوب الشفعة، وقوله: «صفقتين» دعوى لسقوطها، فيبين عليها. (بحر لفظاً).

(٢) والإمام يحيى والإمام علي بن محمد، وقواه في البحر؛ لأن الكلام بتمامه، قال في الكواكب: وهو أولى.

(٣) أي: المشتري.

(٤) كما أن القول قوله في جنس الثمن وصفته. (غيث). وإذ يدعي الشفيع نقل المبيع إليه، والأصل عدمه. قلنا: قد أقر بموجب الشفعة فيبين بمسقطها. قلت: أما مع الوصل فالقول له بلا مرية؛ إذ لا يحكم بمقتضى الجملة حتى تتم وينقطع القول، فهو كما لو قدم لفظ الصفقتين فقال: «صفقتين اشتريتهما». (بحر).

(٥) أو نصفاً ثم نصفاً، فالقول قوله وفاقاً. (بيان) (قرير). وذلك لأنه لم يتقدم منه الإقرار بوجوب الشفعة. (بستان).

(٦) وصورة ذلك: إن اشترى صفقتين فإما أن يكونا مشاعين أو منفردين، إن كانا مشاعين كانت الصفقة الأولى للشفيع، والثانية للمشتري إذا كانت شفعة الشفيع بالجوار؛ لأنه قد صار المشتري خليطاً، وإن كان الشفيع خليطاً فالأولى له والثانية بينهما نصفين، وإن كانت الصفقتان منفردتين فإن اشترى المباينة أولاً لم يكن فيها الشفعة، والثانية بينهما، =

في المباين(١)، ويشتركان في الملاصق إن كان الشفيع جاراً(٢)، وتثبت الشفعة في الصفقة الأولى إن شرى مشاعاً، لا في الثانية(٣).

وإن اشترى الملاصقة فهي للشفيع، والثانية له، ولا شفعة فيها، وهذا مبني على أنه اشترى الصفقة الثانية قبل الحكم للشفيع. (زهور) و(قرير).

(١) يعني: حيث اشتراها متقدمة متميزة ثم اشترى الملاصق بعدها، وإن عكس المشتري كان للجار الملاصقة فقط[١].اهـ وهذا بناء على أنه يشفع بما قد شفع فيه، وعلى أنه قبل الحكم للشفيع، وعلى أنه حكم له قبل الحكم للشفيع أيضاً، فهذه ثلاثة وجوه. (كواكب).

(٢) يعني: حيث هو شفيع بالجوار؛ لأنه قد صار المشتري خليطاً عند شرائه للصفقة الأولى، فلا يشفعها الجار؛ إذا كان الشراء للصفقة الثانية متقدماً على الحكم بالشفعة في الصفقة الأولى. (صعيتري).

(*) فلو كان الشفيع خليطاً والمبيع مشاعاً كانت الصفقة الأولى للشفيع، والثانية بينهما نصفين، وهذا بناء على أن المشتري يصح أن يشفع بما اشتراه ولو قد وجبت فيه شفعة لغيره ما دام باقياً في ملكه. (كواكب).

(٣) فيستبد بها حيث كان الشفيع جاراً، وإن كان خليطاً استحق الشفعة في الأولى، واشتركا في الثانية. (قرير).

(*) وصورته: أن تكون جربة[٢] بين اثنين، لأحدهما ثلث وللثاني ثلثان، فاشترى من صاحب الثلثين نصف حقه يوم الأحد، ثم اشترى النصف الثاني يوم الاثنين، وجاء صاحب الثلث يطلب الشفعة يوم الثلاثاء، فإنه يأخذ الصفقة الأولى، ويشتركان في الثلث الآخر؛ لأن السبب حال شراء الصفقة الثانية كان ملكاً للمشتري، فاشترك هو والخليط الأول. (قرير). هذه صورة شرح الأزهار.

(*) وهذا مبني على أن شراءه استشفاع، وأنه يصح أن يشفع بما ثبت فيه حق للغير، وأنه قبل الحكم للشفيع[٣] بالشفعة في الصفقة الأولى [أو التسليم طوعاً. (قرير)] وأنه لم يحكم للشفيع قبل الحكم للمشتري. (كواكب).

---

[١] واختص المشتري بالمباينة. (حاشية سحولي) و(قرير).

[٢] وهي القطعة من الأرض.

[٣] وله أن يطلب التأجيل بالحكم عليه حتى يحكم له بالشفعة. (قرير). ويجب على الحاكم أن يؤجله. (قرير).

(وإذا) اشترى رجلان دارين ثم **(تداعيا الشفعة)** فادعى كل واحد منهما أنه يستحق الشفعة في دار صاحبه؛ لأنه المتقدم - فإنه ينظر: إن كان لأحدهما بينة دون الآخر **(حكم للمبين**[(١)]**، ثم الأول)** إن كان لهما جميعاً بينتان وهما مؤرختان، **(ثم المؤرخ**[(٢)]**)** أقدم، فيحكم له إن كانت الأخرى مطلقة **(ثم تبطل**[(٣)]**)** الشفعة فلا يستحقها واحد منهما إن كانا مطلقتين جميعاً[(٤)]، أو مؤرختين إلى وقت واحد[(٥)].

---

(١) ونحوه، وهو حيث حلف ونكل صاحبه، أو حلف أصلاً ورداً. (*قرير*). [أو علم الحاكم].

(٢) فعند الهادوية المؤرخة أولى من المطلقة؛ لأن المطلقة لا وقت لها أولى من وقت؛ فتحمل على أقرب وقت، والمؤرخة من وقت تاريخها، فكانت أقدم، وهو أحد قولي المؤيد بالله، وقوله الأخير: إنهما على سواء. (صعيتري).

(٣) بعد التحالف والنكول[١]، فأما إذا أضافا إلى وقت واحد فلا شفعة، ولا تحالف ولا تكاذب؛ لأنه يمكن استعمالهما؛ لأن ملكهما حصل في وقت واحد. (*قرير*). [وقرره القاضي محمد بن قيس].

(٤) وحلفا أو نكلا. (نجري) (*قرير*).

(٥) ولا تحالف ولا نكول. (*قرير*).

---

[١] ولفظ حاشية: بعد التحالف مع الإطلاق، وأما حيث أضافا إلى وقت ...إلخ.

(كتاب الإجارة[(١)])

الإجارة مشتقة من الأجر[(٢)]، وهو عوض المنافع. وفي الاصطلاح: عقد[(٣)] على منافع مخصوصة[(٤)] لأعيان مخصوصة[(٥)] بعوض مخصوص[(٦)].

---

(١) هي ثابتة في شريعة كل نبي، يدل عليها قوله تعالى في شريعة موسى عليه السلام: ﴿لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا ۝٧٧﴾ [الكهف]وفي شريعة شعيب قوله تعالى: ﴿عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ﴾ [القصص٢٧]وفي شريعة يوسف: ﴿وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ۝٧٢﴾ [يوسف]، وهذا يكون على سبيل الأجرة. (صعيتري معنى).

(*) وعن علي عليه السلام قال: (لقد خرجت من بيت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في يوم شات، وقد أخذت إهاباً معطوناً، فجوبت وسطه فأدخلته في عنقي، وشديت وسطي فحزمته بخوص النخل، وإني لشديد الجوع، ولو كان في بيت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم طعام لطعمت منه، فجريت ألتمس شيئاً، فمررت بيهودي في مال له وهو يسقي ببكرة له، فاطلعت عليه من ثلمة في الحائط فقال: مالك يا أعرابي، هل لك في كل دلو بتمرة؟ فقلت: نعم فافتح الباب حتى أدخل، ففتح فدخلت، فأعطاني دلواً، فكلما نزعت دلواً أعطاني تمرة، حتى إذا امتلأت كفي أرسلت دلوه وقلت: حسبي، فأكلتها، ثم جرعت من الماء فشربت، ثم جئت المسجد، فوجدت رسول اله صلى الله عليه وآله وسلم فيه) أخرجه الترمذي. قيل: ستة عشر دلواً بست عشرة تمرة. (هامش بحر).

(٢) ومنه: آجرك الله. (بحر). أي: أثابك، فكانت الأجرة عوضاً عن العمل، كما أن الثواب عوض عن العمل. (شرح بحر).

(٣) القياس أن يقال: عقد على أعيان المنافع لاستيفاء المنافع. والمنافع لها حكم الأعيان، لا حكم الحقوق؛ ولهذا صح أخذ العوض عليها، وجعلها مهراً أو عوض خلع أو نحو ذلك.

(٤) ليخرج المحظور والواجب.

(*) حقيقة أجرة الأعيان: عقد على عين مخصوصة يستحق به استمرار قبضها لاستيفاء منافعها مدة معلومة بأجرة معلومة. وحقيقة أجرة المنافع: عقد على تحصيل منفعة معلومة، في عين موجودة معلومة، بأجرة معلومة.

(٥) ليخرج ما لا نفع فيه.

(*) مدة معلومة.

(٦) ما يصح ثمناً.

والأصل في الإجارة من الكتاب قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق٦]، ومن السنة(١) قوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((من استأجر أجيراً فليعلمه(٢) أجره))، والإجماع قد انعقد(٣) على جوازها بعد انقراض المخالفين(٤).

---

(١) وقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((أعطوا الأجير أجرته قبل أن يجف عرقه)). (شرح بهران، وغيث). يجف: بكسر الجيم، ذكره في الصحاح، وروى أبو زيد: يجف بفتح الجيم لغة، وأنكرها الكسائي. (شرح بحر). وأما فعله: فلما أن أراد الهجرة استأجر رجلاً هادياً [وهو عبدالله بن أريقط] خريتاً، فأخذ به وبأبي بكر على طريق الساحل. (شفاء). والخريت: الماهر. (شفاء).

(*) وقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل باع حراً وأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فلما وفاه عمله لم يوفه أجرته، ورجل أعطاني بيعته[١] ثم غدر)). (صعيتري). ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((من ظلم أجيراً أجرته أحبط الله عمله، وحرم عليه الجنة، وإن رائحة الجنة لتوجد من مسير خمسمائة عام)). (صعيتري).

(٢) أي: يسمي.

(٣) وهي مخالفة للقياس؛ إذ هي بيع معدوم، وهي المنافع. (بيان).

(٤) وهم: الأصم وابن عليه والنهرواني والقاساني وابن كيسان. (بحر). ولا يخالف هؤلاء في عدم جوازها، وإنما يخالفون في كونها غير لازمة، فلكل منهما الفسخ.اهـ قوله: «القاساني» منسوب إلى قاسان، بالقاف والسين، من بلاد الترك، ذكر ذلك في حاشية على شرح المنهاج. وفي البرهان ما لفظه: سماعنا فيه وروايتنا عن مشايخنا بقاف وشين معجمة، وروي بالسين المهملة، نسبة إلى بلد اسمه قاسان، من بلاد خراسان، قال في كتاب الطبقات -أي: طبقات الزيدية -: واسمه محمد بن أحمد القاساني[٢]، من أصحاب داود الظاهري، إلا أنه خالف داود في مسائل كثيرة في الأصول والفروع.

---

[١] في الصعيتري: ((ومن أعطى بي صفقة ثم غدر)).

[٢] في طبقات الفقهاء: محمد بن إسحاق.

(فصل): في بيان ما يصح تأجيره وما لا يصح، وبيان المنفعة التي يصح عقد الإجارة عليها، وشروط صحة الإجارة

أما بيان ما يصح تأجيره فهي **(تصح**(١) **فيما يمكن**(٢) **الانتفاع**(٣) **به مع بقاء**

---

(١) ويصح استئجار الجوارح [غير الكلب] للصيد كالكلب[١] ونحوه.

(٢) ولعله يشمل ما لو كان الشيء المؤجر غائباً على وجه لا يمكن الوصول إليه إلا وقد خرجت مدة الإجارة، فاستيفاء المنفعة هنا غير ممكن. (حاشية سحولي لفظاً). يفهم من هذه أنه لو استأجر داراً شهراً بينه وبينها ثلاثة أيام أن تكون الثلاث من مدة الإجارة، وهو المختار[٢]، وهذا في غير المنقول، وأما في المنقول فلا بد من القرب من المستأجر، فتلزم الحصة من المسمى لما بعد التخلية، لا لما قبلها في المنقول وغيره، هذا التفصيل في العين المستأجرة، وأما العين المعمول فيها إذا بطل عمل الأجير بعد العمل قبل التسليم إلى المالك، والمراد بالتسليم قبض المالك مطلقاً، منقولاً أو غير منقول[٣]، ولا يكفي مضي مدة يمكن المالك قبض العين بعدها، فما بطل من العمل قبل قبض المالك فلا أجرة للأجير، كما ذكروا في مسألة الخيس الحادثة في حوث على المختار، والله أعلم. (سيدنا حسن الشبيبي رحمه الله). قال في الأم: ومن خطه نقلت. (قرر).

(*) فلو أجر ناظرالمسجد حانوته الخراب بشرط أن يعمره المستأجر من ماله، ويكون ما أنفقه محسوباً من أجرته - لـم تصح الإجارة؛ لأنه عند الإجارة غير منتفع به. (روضة نواوي، من خط سيدي الحسين بن القاسم).

(٣) ولو في بعض المدة.

(*) في الحال، أو لا تمر مدة الإجارة إلا وقد أمكن. (حاشية سحولي). وقيل: بل في الحال. (دواري) (قرر).

(*) على وجه يحل؛ ليخرج استئجار آلات الملاهي، والأمة للوطء، ونحو ذلك. (حاشية سحولي).

---

[١] شكل عليه، ووجهه: أنها لا تصح أخذ الأجرة؛ لأنها على حق.

[٢] وظاهر هذا أن مضي المدة التي يمكن الوصول فيها إلى العين كاف ولو كان المستأجر عنها غائباً. بل: ولو لم يصل إليها، وهو المختار. (سيدنا حسن) (قرر).

[٣] ولو بالتخلية إن حضر المعمول. ولفظ التذكرة: ويسقط الضمان بالتخلية إن حضر المعمول أو المحمول ولا مانع، وتجب الأجرة. (باللفظ).

عينه[١] ونماء أصله[٢]).

قال عَلَيْسَلِمْ: قلنا: «فيما يصح الانتفاع به» احتراز مما لا نفع فيه، نحو فرخ الباز، والحمار الصغير[٣].

وقولنا: «مع بقاء عينه» احتراز من استئجار الطعام والنقد ونحوهما مما لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه فإنه لا يصح تأجيره[٤]، فإن استؤجر للعيار أو الوزن أو التجمل[٥] ....

---

(١) أو إتلاف ما لا يمكن الانتفاع إلا به، كآلات الحديد ونحوها. (حاشية سحولي).

(*) فأما تأجير الحائط لفتح طاقة فيه للضوء فلا يصح، ذكر ذلك في التفريعات، ووجهه أن عقده يتناول الهواء، وهو حق؛ وأخذ العوض على الحق لا يجوز. (قرير). [فإن تناول العقد الحجارة التي نزعها فلا منفعة له فيها، فكأنه استأجر ما لا نفع فيه. (غيث). فلو تناول العقد منفعة الحائط للاستناد عليه باليدين أو نحوهما عند الإشراف أو الإطلال من الطاقة صحت الإجارة، ولا مانع؛ لأنه تأجير ملك يمكن الانتفاع به لمنفعة مذكورة في عقد الإجارة. (سماع سيدنا عبدالله بن حسين دلامة)].

(*) يقال: ما كان المقصود منه المنفعة فقط [كالحديد] صح استئجاره وإعارته ووقفه ولو أدى الانتفاع به إلى تلفه في المدة، وما كان المقصود منه العين نفسها كالملح والصابون ونحو ذلك لم تصح في الكل. ينظر. قال المفتي: لا بد لهم من ذلك الاعتبار فليعتمد. (حاشية محيرسي) (قرير).

(٢) ما لم تكن ظئراً فإنه يصح استئجارها واستهلاك نمائها. (قرير).

(٣) ما لم يكن للإيناس فيصح. (قرير).

(*) وأرض لا تصلح للزرع استئجارها للزرع [كأرض سبخة فإنه لا يصح. (بيان)].

(٤) ويكون قرضاً فاسداً. (بيان). بل يكون قرضاً صحيحاً؛ لأن اللفظ فيه غير شرط. (مفتي) و(قرير).

(٥) فعلى هذا لو غصب الدراهم ونحوها وجبت الأجرة على غاصبها، حيث جرت العادة بتأجيرها للتجمل ونحوه. (قرير).

أو نحو ذلك[(١)] جاز عندنا[(٢)].

قال الفقيه يحيى البحيبح: فإن استأجرها ليرهنها لم يصح؛ لأن الرهن موجبه البيع، وذلك يتضمن إتلافها[(٣)].

قال مولانا عليه السلام: وفيه نظر[(٤)]؛ لأنه يستلزم ألا تصح الإجارة للرهن، وقد نصوا على جواز ذلك.

وقولنا: «ونماء أصله» احتراز من استئجار الشجر للثمر[(٥)]، والحيوان للصوف واللبن فإن ذلك لا يصح[(٦)].

قال في الشرح: فإن استأجر أرضاً فيها شجر[(٧)] ولم يستثنه[(٨)] فسدت الإجارة[(٩)] بلا خلاف؛ لأن الأشجار[(١٠)] تدخل في إطلاق الإجارة كالبيع.

---

(١) كالحك للعين بدينار الذهب والفضة وللاختبار.اهـ وقد قيل: إنه ينفع من الورق، وهو بياض العين، وقد نظره الصعيتري؛ لأن ذلك استعمال، وهو محظور، فلا تصح إجارته، لكن يقال: من التداوي وقد أجازوا ذلك في لبس الحرير للحكة ونحوها، كما روي عن عبدالرحمن بن عوف.

(٢) إذا كان لتلك المنفعة قيمة.

(٣) ويجوز إجارة المسك للشم، والثوب للّبس ولو بلي، والفرق بين هذا وبين إجارة الشجر للثمر أن المقصود بالثوب الانتفاع، وهو اللباس، وكذلك سائر آلات الصناعات.

(٤) المختار الجواز. (قرير).

(٥) يعني: أخذ الثمرة.

(٦) لأن هذه الأشياء أعيان، والإجارة لا تكون إلا على المنافع، فإذا وقعت على هذه الأشياء كانت بيع معدوم، ذكره في الشرح. (كواكب).

(٧) مما يثمر في العادة. (قرير). [وكان عليها ثمر، أو لا تنقضي مدة الإجارة إلا وقد أثمرت، وإلا فلا تفسد؛ لزوال العلة. (قرير)].

(٨) المؤجر. (بهران).

(٩) لأنه يصير كاستئجار الشجرة للثمرة.

(١٠) إن قصد الثمار أو لا قصد؛ لاشتماله على ما يصح وعلى ما لا يصح، فيستلزم الجهالة، =

قال في الانتصار: ويجوز استئجار الديكة[(١)] للإعلام بالأوقات، والقماري[(٢)] للتلذذ بأصواتها الحسنة، والطاووس للنظر إلى صورته العجيبة[(٣)].

نعم، ومتى كان المستأجر يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه ونماء أصله صحت الإجارة **(ولو)** كان المستأجر **(مشاعاً**[(٤)]**)** نحو أن يستأجر ثلث الدار أو الأرض أو الدابة مشاعاً فإن ذلك يصح من الشريك[(٥)] وغيره، أما من الشريك فجائز إجماعاً.

فإن قصد التضحية عليها أو نحو ذلك صحت بالإجماع.اهـ لأنه يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها كغيرها، والمنفعة جائزة. (بستان).

(١) روي أن الديكة تقول: اذكروا الله يا غافلون، والقماري تقول: سبحان ربي الأعلى.

(*) قال الإمام يحيى: وكذا لإصلاح حال الدجاج ورعايتهن؛ لأن ذلك معلوم من حالها، لا للسفاد فكالفحل للضراب. (بستان) (قرير).

(*) مدة لمثلها أجرة.

(٢) والبلبل، والدرة.

(٣) لأن الله سبحانه وتعالى خصه من بين سائر الطيور بالإتقان البالغ، والتأليف البديع في حسن صورته، لا صوته فلا إعجاب فيه، وإنما يقهقه قهقهة لا إعجاب فيها، وإنما البداعة في ألوانه؛ إذ صار مشتملاً على الأبيض اليقق، والأحمر القاني، والأخضر الناضر، والأصفر الفاقع، والأسود الحالك، والزرقة اللازوردية، فهذه الألوان في الريشة الواحدة، فإذا انضمت إلى غيرها صارت الألوان لاجتماعها في أعجب حالة وأحسن هيئة، فإذا رآه الرائي رآه كأن الماء يسيل عليه؛ لشدة بريق هذه الألوان وعظم رونقها. (بستان).

(٤) وتجب قسمته ليتمكن المستأجر من حقه. (بيان).

(*) وحجتنا: أن ما صح العقد على بعضه بالعوض مقسوماً صح على بعضه مشاعاً كالبيع. (بستان). فلو كانت النوبة بعد عقد الإجارة للشريك غير المؤجر فلا يضر؛ لأن المفسد طارئ. (غيث[١]). وأيضاً قد ملك المنفعة في حالة واحدة، وليس على وقت مستقبل، وإنما المستقبل قسمة من تأخر. (شامي).

(٥) بخلاف الاستئجار على عمل مشاع؛ لأنه لا يمكنه تسليم العمل إلا بعد القسمة، وهي لا تجب له على المالك.

---

[١] لفظ الغيث: فإن قيل: إن من الجائز أن تأخر نوبة المستأجر، فيكون هذا إجارة على وقت مستقبل. قلنا: إن تقدير المفسد الطارئ لا يضر.

قال في شرح الإبانة: وكذا لو أجر الشريكان[١] من ثالث، أو استأجر اثنان من واحد فذلك يجوز بالإجماع، ولو فسخ نصيب أحدهما لعذر لم ينفسخ الآخر. وأما إذا أجر شريك[٢] نصيبه من غير شريكه فتخريج أبي العباس والمؤيد بالله[٣] للهادي عليه السلام أن ذلك جائز[٤]، وهو مذهب المؤيد بالله ومالك والشافعي وأبي يوسف ومحمد.

قال في شرح الإبانة: وهو قول عامة أهل البيت؛ قياساً على البيع.

قال الفقيه علي: ويكون التسليم كما في البيع: إما بإذنه[٥] وإن غاب[٦]، أو بحضوره ولو كره، أو بإذن الحاكم[٧].

وقال أبو حنيفة وزفر: لا تجوز من غير الشريك؛ لأنه لا يتمكن من الانتفاع بما استأجر عقيب عقد الإجارة.

قال في شرح الإبانة: ويجوز عندنا ولو كانت قسمته بالمهاياة[٨].

---

(١) بلفظ واحد. (قرر).

(*) أو وكل أحدهما الآخر. (قرر). أو وكلا واحداً آخر. (قرر).

(٢) ولا يؤجر الشريك إلا على الوجه الذي كان بينه وبين شريكه[١] في جميع الوجوه والأغراض، لا يزيد ولا ينقص.

(٣) من المزارعة الفاسدة.

(٤) ويكون للمستأجر الخيار إذا جهل الشياع عند العقد. (بيان) (قرر).

(٥) ولا يكفي إعلامه بكتاب أو رسول، وكذا في البيع. (قرر).

(٦) عن مجلس التسليم. (قرر).

(٧) أو من صلح مع غيبته. (قرر). الغيبة الذي يجوز معها الحكم. (قرر).

(*) أو في نوبته. (عامر). [وظاهر الأزهار خلافه. (قرر)].

(٨) كالدار والحانوت.

(*) ولا يقال: من الجائز أن تؤخر نوبة المستأجر فتكون من الإجارة على مستقبل؟ قلنا: التجويز لا يفسد. (غيث).

---

[١] كما سيأتي في الشركة على قوله: «ولا يفعل أيهما فيه..» إلخ لفظ البيان فابحثه.

(و)أما المنفعة التي يصح عقد الإجارة عليها فلها شروط ثلاثة، وهو أن يكون **(في منفعة مقدورة**[(١)] **للأجير**[(٢)]**)** احتراز من أن يستأجر شخصاً على نزح البحر، أو نقر الجبل[(٣)]، أو ما أشبه[(٤)] ذلك، فإن ذلك لا يصح، وكذا لو استأجره على حجتين في سنة واحدة[(٥)] لم تصح.

---

(١) وإلا لم تصح؛ إذ تصير كبيع ما يتعذر تسليمه، كالطير في الهواء، والحوت في البحر، ومنه ما يتعذر لمانع شرعي، كالحائض لكنس المسجد، أو لقلع السن الصحيح، أو على تعليم السحر أو الغناء أو التوراة[١] أو الإنجيل أو الكتب المنسوخة، أو على تعليم يهودي القرآن ، فلا يصح؛ لتعذر تسليم العمل لمانع شرعي. (بحر).

(*) ولو لفرد من الناس، ولو لم يكن قادراً عليها؛ إذ يستنيب من يفعلها عنه فيمن يصح منه أن يستنيب، وهو المشترك حيث يكون له ذلك كما سيأتي. (شرح فتح).

(*) ولا بد أن تكون مدة الإجارة مدة لمثلها أجرة، وإلا لم تصح. (قررو).

(٢) عقلاً وشرعاً.

(*) أو غيره، ويستنيب. (قررو).

(*) وقد حذف قوله: «للأجير» في البحر، وهو أولى؛ لأنه يصح الاستنابة إلا أن يمنع. وفي البيان: وأما الأجير المشترك إلخ، وعليه: والأقرب الصحة في الثالث والرابع.

(٣) وهذا حيث كان الجبل ملكاً أو متحجراً[٢] وإلا كان كبيع ما لا قيمة له.

(*) ولا أجرة عليه، لأن ذلك عبث. (غيث). إلا أن يتعلق به غرض. (فلكي). وقيل: يستحق أجرة المثل مطلقاً.

(*) [نتق الجبل (نخ)]: قيل: وهو الرفع؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِذْ نَتَقْنَا الْجَبَلَ فَوْقَهُمْ﴾ [الأعراف١٧١]، أي: قلعناه ورفعناه فوقهم. (أعقم).

(*) المانع هنا عقلي.

(٤) كالمقعد على السير، والأعمى على نقط المصحف حيث لا يصح الاستنابة. (شرح بحر).

(٥) المانع شرعي.

---

[١] فيه نظر لا سيما عند من يقول: شريعة من قبلنا تلزمنا ما لم تنسخ، فيلزم من ذلك جواز التعلم مع الثقة بالنقل والصحة، وروي أن الناصر عليه السلام كان يحفظ من الكتب السابقة.

[٢] وإلا لم يصح الاستئجار عليه كما سيأتي في التحجر. (قررو).

قال أبو طالب وأبو حنيفة: وكذا الاستئجار على نفس البيع ونفس[(١)] الشراء فإنه لا يدخل تحت[(٢)] مقدور الأجير[(٣)]؛ لتعلقه بالغير.

وعند الناصر والمؤيد بالله والمنصور بالله والشافعي: أنه يصح الاستئجار على نفس البيع والشراء. فعلى قول أبي طالب يستحق أجرة المثل باع أو لم يبع[(٤)]، وعلى قول الناصر والمؤيد بالله[(٥)] والمنصور بالله والشافعي إن باع استحق الأجرة، وإلا فلا.

الشرط الثاني: أن تكون المنفعة **(غير واجبة عليه[(٦)])** يحترز من الاستئجار

---

(١) نحو أن يقول: «استأجرتك أن تبيع لي هذا الكتاب أو نحوه إلى فلان، أو اشتر لي منه»، فلا يدخل تحت مقدوره؛ لجواز أن لا يرضى بذلك. (قرير).

(٢) فأما إذا ذكر مدة العرض في البيع والسعي في الشراء صح إجماعاً[١] واستحق الأجرة بمضي المدة مطلقاً، وكذا لو باع في الحال أو شرى استحقها. (غيث) (قرير).

(٣) لأنه لا يتم إلا بإيجاب وقبول، وهو لا يقدر عليهما معاً، فإن كان لا يمكنه إنفاذ ما استؤجر عليه لم تصح الإجارة، كاستئجار الفحل للضراب فلا يصح؛ لأنه لا يقدر صاحبه على تسليم ما وقع عليه العقد، وهو الإنزاء؛ لأن ذلك فعل الحيوان. (ديباج).

(٤) ينظر لو تلف قبل بيعه. بيض له في الشرح، والأقرب عدم الضمان؛ لأنه إن باع فهو أجير، وإن لم يبع فهو أمين.

(*) مع العرض.

(٥) والهادي. (بيان).

(٦) يعني: الأجير.

(*) «غالباً» ليخرج الاستئجار على حفر القبر وحمل الميت ونحوه[٢]. (حاشية سحولي لفظاً).

---

[١] فأما لو استأجره على لفظ البيع ولفظ الشراء لم يصح ولو ذكر مدة معلومة.

[٢] الختان، وأجرة الشاهد.(قرير). على المقدمات، فإنه يجوز أخذ الأجرة عليها. (حاشية سحولي).

=

على الواجبات، نحو الجهاد(١) والأذان(٢) وتعليم القرآن(٣).

(*) فـائدة: العبادات البدنية لا تصح الاستنابة عليها إلا الحج؛ للأدلة الشرعية الواردة فيه؛ لأنه عبادة مخصوصة بوجوب الأداء في أماكن مخصوصة لا يصح أداؤها في غيرها، فقاس أصحابنا الاعتكاف عليه؛ لمشاركته له في عدم صحته إلا في أماكن مخصوصة، فعلى هذا يعرف أن سائر العبادات لا يصح قياسها على الحج، وقد ورد صحة الاستئجار على الرقية في الحديث الصحيح، فيفهم منه صحة النيابة في القراءة، والصحيح أن مثل هذا ليس من قبيل الاستنابة في القربة البدنية، وإنما هو استئجار على أن يدعو الأجير للمستأجر ويتوسل له، والدعاء والقراءة من الداعي والقارئ بالأصالة لا بالنيابة، فعلى هذا يصح الاستئجار على القراءة للقرآن بنية الدعاء للمستأجر، والموصي بالاستئجار، والمتوسل بالقرآن في إجابة الدعاء له، ولكن حيث يجوز الدعاء وبما يجوز ولمن يجوز له[١] ذلك. (من خط سيدنا العلامة الحسن[٢] بن محمد بن علي بن سليمان الزريقي).

(١) قبل أن يفعله أحد.

(٢) قلت: الأقرب جوازها على تأديته في مكان مخصوص؛ إذ ليس على الأذان حينئذٍ، بل على ملازمة المكان، كأجرة الرصد ونحوها. (بحر من باب الأذان). وتكون الأجرة على بيت المال حيث لم يوجد من يؤذن إلا بأجرة. (قرير).

(٣) **مسألة**: قال المنصور بالله: تجوز القراءة في مصحف الغير ولو كره. وقال السيد يحيى بن الحسين: يجوز أخذ المسألة من كتاب الغير وإن كره إذا لم يجدها إلا فيه، ولم يجد من يسأله عنها. (بيان بلفظه). يعني: وكانت المسألة مما يجب تعلمها، وكذا المصحف إذا كان القدر الواجب، وإلا فلا.اهـ وظاهر إطلاق المذهب أنه لا يجوز. (حاشية سحولي).

(*) لخبر عبادة بن الصامت قال: كنت أعلم أناساً من أهل الصُّفَّة[٣] فأهدى إليّ رجل منهم قوساً، فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال: ((إن أحببت أن يطوقك الله بها طوقاً من نار فاقبلها)). (بستان).

---

[١] ليخرج الكافر والفاسق.

[٢] ولعله المقبور في محروس ظفير حجة، من أصحاب الإمام شرف الدين.

[٣] قال في الشفاء: كان أهل الصفة زهاداً؛ كانوا على صفة مسجد رسول الله ﷺ، وداوموا على الصلاة جماعة مع النبي ﷺ. قال في الكشاف: وهم نحو أربعمائة رجل من مهاجري قريش، كانوا يتعلمون القرآن بالليل ويرضخون النوى بالنهار، فنزلت فيهم الآية: ﴿الَّذِينَ أُحْصِرُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ لَا يَسْتَطِيعُونَ ضَرْبًا فِي الْأَرْضِ...﴾ إلخ [البقرة٢٧٣].

=

وقال الشافعي: يجوز الاستئجار على الأذان(١).

وقال القاسم ومالك والشافعي: يجوز الاستئجار على تعليم القرآن، وهكذا عن الناصر.

واعلم أنه يجوز أخذ الأجرة على تعليم الهجاء والخط إجماعاً(٢)، ذكره أبو مضر.

قال الفقيه يوسف والفقيه محمد بن يحيى: وكذا على تعليم الصغير القرآن إجماعاً(٣).

(*) وغسل الميت [القدر الواجب] وتكفينه، والصلاة عليه.اهـ وكذا تعليم الصلاة[١] ونحوها، وتزويج الراضية البالغة[٢] من الكفؤ. (بيان).

(*) لأنه واجب، بعضه فرض عين وبعضه فرض كفاية.

(١) لأنه سنة عنده، وعلى أحد قوليه: إنه واجب.

(٢) قيل: إلا ما لا يتم القدر الواجب إلا به فإنه يحرم.اهـ ظاهر إطلاقهم الجواز.

(*) وحفظ الصبي وتأديبه. (قرر).

(*) فلو وقعت الإجارة على تعليم الهجاء والخط وفي ضميرهما أن الأجرة عليهما وعلى تعليم القرآن فعلى قول المؤيد بالله: لا حكم للضمير في عقود المعاملات، وعلى قول الهدوية: له حكم، فيجب التصدق[٣] بما قبض من جهة أجرة القرآن، وكذا في سائر الواجبات والمحظورات. (بيان معنى).

(*) قيل: المراد هجاء[٤] الخط، لا هجاء القرآن. (غاية) (قرر).

(٣) لكنه يحتاج إلى ذكر مدة معلومة أو أشراف معلومة[٥]، لا على تعليمه حتى يحفظ فلا يصح؛ لجهالة ذلك. (بيان) (قرر).

---

[١] صلاة الفرض، لا المسنونة فتجوز. (قرر).

[٢] وكذا الصغيرة؛ لأنه عمل ليس لمثله أجرة. (قرر).

[٣] إن لم يعقد، وإلا وجب أن يرده إلى المالك [لأنه كالغصب إلا في الأربعة]. (قرر).

[٤] قال الفقيه حسن: وكذا يجوز على الحبس للصبيان والتأديب بالإجماع. (صعيتري) (قرر).

[٥] فإن فهم قبل مضي المدة استحق الأجرة. (وابل). وقيل: يكفي على ختم القرآن؛ لأنه في حكم المدة.

ولا يجوز على تعليم البالغ(١) القدر الذي لا تصح الصلاة إلا به(٢) إجماعاً، والخلاف فيما عدا ذلك(٣).

قال مولانا عليه السلام: وفي دعوى الإجماع في الطرف الثالث نظر؛ لأنه وإن كان واجباً(٤) فهو فرض كفاية(٥).

---

(١) قال في البحر: قلت: ظاهر أدلة المنع لم يفصل، ولأن تعلم القرآن جملة فرض كفاية، لكنه موسع في حق الصغير، فلا وجه للفرق. اهـ وقرر عن سيدنا حسين المجاهد الصحة. اهـ الفرق ظاهر؛ إذ المانع حديث أهل الصفة، وهم كانوا مكلفين، وأما الصغير فلا وجه للمنع فيه فليتأمل. (قرر).

(٢) قلنا: هو غير متعين فلا يجوز. (قرر).

(*) **مسألة**: ويجوز الاستئجار على تعليم اللغة[١]. ولا تجوز إجارة المصاحف إلا على قول من أجاز الإجارة على تعليم القرآن. (بيان).

مسألة: ولا تجوز الإجارة على تعليم ذمي القرآن. قال في الكافي: ولا استئجار ذمي على نساخة مصحف؛ لأن فيه إهانة للقرآن[٢]. قال أبو مضر: وتجوز الأجرة على كتابة الورقة من الحاكم والمفتي؛ لأنها لا تجب عليهما، فيجوز قدر أجرة مثله[٣]، لا الزائد عليها إذا كانت الإجارة فاسدة. فلو عقد على ذلك إجارة صحيحة بأكثر من أجرة المثل، أو كانت الورقة من الكاتب ثم باعها بثمن أكثر من قيمتها، وعرف أن الزيادة لمكان الولاية أو الفتوى- فعلى قول المؤيد بالله: يجوز ولا حكم للضمير، وعلى قول الهادوية القولان المتقدمان[٤]. (بيان).

(٣) يحرم. (قرر).

(٤) خلاف أبي طالب، لأنه يجيز أخذ الأجرة على فروض الكفايات. (شرح أزهار من الجنائز).

(٥) وأبو طالب يجيز أخذ الأجرة عليه.

---

[١] قال القاضي عبدالله الدواري: إذا لم يقصد بذلك التوصل إلى علوم الهداية، وإلا لم يجز. (ديباج). والظاهر الجواز كالمقدمات في القبر ونحوه.

[٢] ولأنه لا يتطهر من الجنابة. (قرر).

[٣] غير حاكم ولا مفت. (قرر).

[٤] المختار المنع.

وأما استئجار المصاحف والكتب فقال أبو مضر والمنصور بالله: إن ذلك لا يجوز على الجميع[١].

القول الثاني: لمن أجاز أخذ الأجرة على تعليم القرآن أجاز تأجير المصاحف والكتب. والمذهب أنه يجوز[٢] في الكتب، لا في المصاحف[٣].

قال أبو مضر والإمام يحيى والفقيه محمد بن يحيى: ولا يجوز الاستئجار على سائر العلوم الدينية[٤].

قال أبو مضر: ويلزم من تجويز أبي العباس إجارة الكتب أن يجوز[٥].

قال الفقيه محمد بن يحيى: فرق أصحابنا بين إجارة الكتب والمصاحف في الجواز[٦] ولم يفرقوا بين تعليم القرآن وسائر العلوم الدينية[٧]، فينظر في الفرق.

قال مولانا عليه السلام: الأقرب أنهم لا يفرقون[٨]، ....

---

(١) على القدر الواجب وغيره.اهـ وقيل: على جميع الأقوال.

(*) «على» بمعنى «عند».

(٢) وهو قول أبي العباس.

(٣) ولعل الفرق بين المصاحف والكتب أن القرآن الوجوب يتعلق بلفظه العربي ومعناه، فلم يجز الاستئجار للمصاحف، وأما كتب الهداية فالواجب متعلق بالمعنى فقط، فلم تتعين فيها الكتب والأشخاص الذين يعلمون العربية.

(٤) لقوله تعالى: ﴿قُلْ لَا أَسْأَلُكُمْ عَلَيْهِ أَجْراً﴾ [الأنعام٩٠] ولأنه جار مجرى تبليغ الرسالة.

(*) قال أبو مضر: الخلاف في أخذها على الحكم والفتوى كالخلاف في تعليم القرآن. (بيان).

(*) السنن، والفرائض، والفقه، والتفسير، والفتوى، والحكم. (دواري).

(٥) يعني: أخذ الأجرة على سائر العلوم.

(٦) يعني: حيث أجازوا إجارة الكتب دون المصاحف، ولم يفرقوا بين تعليم القرآن وسائر العلوم. (سيدنا حسن رحمه الله).

(٧) فقالوا: يحرم في الجميع.

(٨) قال الشيخ لطف الله الغياث: لم تتضح مناسبة كلام الإمام لما هو المطلوب من الفرق المذكور، ولعل الفرق أن التعليم واجب، بخلاف تأجير الكتب.اهـ وقيل: لأنه يمكن حفظها من غير كتابة، لا من غير تعليم.

بل من أجاز بيع المصحف(١) أجاز تأجيره، ومن منع من بيعه(٢) منع من تأجيره. قال: والأقرب أن كتب الهداية(٣) متفق على جواز بيعها وتأجيرها، وفي رواية المنع عن أبي مضر والمنصور بالله نظر.

وأما أخذ الأجرة على قراءة القرآن على قبور الموتى(٤) أو على غير قبورهم

---

(١) والفرق بين البيع والإجارة: أن البيع اشتمل على الجلد والكاغد، ولفظ القرآن دخل تبعاً، وعقد الإجارة اشتمل على القرآن إذ لا منفعة فيهما غيرها - فلم يجز، وكلام الإمام عليه السلام صريح بعدم الفرق، وهو المعتمد.

(٢) وهو عمر وابن المسيب. وابن شبرمة.

(٣) ولا خلاف في جواز إجارة ما كان من الكتب ليس للهداية في الدين، ككتب اللغة والنحو والشعر، إذا لم يقصد ذلك للتوصل إلى علوم الهداية. (ديباج). قلت: كالمقدمات فيجوز.

(٤) ولا يشترط الترتيب بين الأجزاء[١] والسور، إلا بين الآي فيشترط، ويشترط عدالة القارئ في الظاهر، وإعرابه؛ إذ عقاب الملحون أكثر من ثوابه، ولا يجوز أخذ الأجرة لمن يلحن في قراءته. (وجد بخط ابن مظفر رحمه الله). ويجب تجديد[٢] النية إذا عرض ما يكون إعراضاً، ولا يكفي عند أول القرآن، وقد أجيب بأنه يكفي ذلك عند الابتداء[٣]. وقيل: لا يكفي؛ لأن الأوقات فاصلة.

(*) المؤمنين، ذكره الإمام شرف الدين، واختاره سيدنا إبراهيم حثيث. وظاهر كلام الكتاب لا فرق، وقواه المفتي.

---

[١] ولعل هذا في غير المستأجر، وأما هو فينصرف إلى العرف. (قرر). ما وقع عليه العقد لفظاً أو عرفاً. (قرر) (نخ).

[٢] وقيل: لا يجب ما لم يضرب. (شامي) (قرر).

[٣] وإذا استؤجر على درس ختمة فتناقل الدرس هو وآخر ثمن بثمن صح إن درس في الختمة الثانية ما لم يدرسه في الأولى، وهذا بناء على أنه لا يشترط الترتيب عرفاً. (قرر). وحيث يجب الترتيب -وهو المذهب في الأجير- فلو لحن في سورة وجب أن يعود إلى حيث لحن، ولو من أول القرآن. (قرر).

=

فجائز، كما قال أهل المذهب في جواز أخذ ....

(*) وأما الفاسق فإن كانت القراءة على قبره أو إلى روحه لم يجز أخذ الأجرة على ذلك، وإن كانت إلى روح النبي صلى الله عليه وآله وسلم أو أهل الكساء أو غيرهم من الفضلاء جاز ذلك، وحل أخذ الأجرة على ذلك، كالتحجيج. (عامر). ولفظ سؤال ورد على سيدنا العلامة إبراهيم بن محمد حثيث نقل من خط يده الكريمة رحمه الله: الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وآله: ما قولكم رضي الله عنكم، وأصلح أحوالكم وختم بالصالحات أعمالكم، وأدخلكم الجنة عرفها لكم بالقراءة مما تيسر من القرآن الكريم على قبور الموتى لمن ظاهره التهتك في العصيان، وأخذ الأجرة عليها مع الوصاية وغيرها، هل يجوز ذلك، وتصح الوصية، وتحل الأجرة أم لا؟ أفتونا مأجورين، لا عدمكم المسلمون، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم.

فأجاب: مقتضى نصوص أهل المذهب والمتقرر من القواعد الشرعية منع القراءة إلى أرواح الفساق؛ لوجوه، أحدها: قوله تعالى: ﴿مَا كَانَ لِلنَّبِيِّ وَالَّذِينَ ءَامَنُوا أَنْ يَسْتَغْفِرُوا لِلْمُشْرِكِينَ﴾ [التوبة١١٣] إلخ، والفاسق داخل في العلة؛ إذ هي كونهم من أهل النار، والسبب الشرك، ولا شك أن القرآن العظيم أعظم من الاستغفار. وثانيها: منع الدعاء للفاسق والترحم عليه وموالاته بعد الموت كحياته، وقراءة القرآن إلى روحه من أعظم الدعاء والترحم والموالاة. ومنها: أن في ذلك تعظيماً له، ولا شك في منعه، وقد منعوا ما هو أهون من ذلك في التعظيم، كبناء قبة عليه، ورفع قبره. ومنها: أني وقفت على أن ذلك ممنوع بالإجماع في الفاسق كالكافر، وكفى به دليلاً. ومنها: أنه يلزم جواز القراءة إلى روح الكافر، ولا شك في منع ذلك. ومن قال: إن القرآن ليس بدعاء فقد أوغل في الإبعاد؛ إذ قد صرح العلماء في غير موضع بأنه أفضل الدعاء، وكيف لا وفي صلاة الكسوف والزلزلة وغير ذلك من المواضع أفضل الدعاء القرآن، وهذا ظاهر لا لبس فيه. ولعل شبهة من قال: ليس بدعاء من قول أصحابنا في القنوت: ولا يجزئ بقرآن ليس فيه دعاء، وهذا غير جيد؛ إذ المراد ليس فيه دعاء مخصوص. ومنها: أن هذا غير مستنكر كما استنكر غيره من أمر الكفار ومن في حكمه بقراءة القرآن على المؤمنين. بذلك يثبت بطلان الإيصاء بذلك؛ إذ هو وصية بمحظور، وإذا بطلت الوصية بذلك كان المال الموصى به لذلك موروثاً، ومع عدم الوارث لبيت المال. ولو وجدت سعة في الوقت والكاغد لبسطت في الجواب ردعاً للمكابرة، والله أعلم. (بلفظه).

الأجرة على الرقية(١)؛ لأنها ليست واجبة على الراقي.

(و) الثالث: أن **(لا)** تكون(٢) **(محظورة(٣))** احتراز من استئجار المغنية والبغية

(١) وهي قراءة الفاتحة على العليل ولو فاسقاً، وكذا مداواة الفاسق والذمي؛ لأنه محترم. (مفتي) (قرير).

(*) كما في خبر الذين رقوا على الملسوع بفاتحة الكتاب، وأخبروا الرسول صلى الله عليه وآله وسلم فقال: ((قد أصبتم، اقسموا واضربوا لي معكم سهماً)). (شرح آيات من تفسير قوله تعالى: ﴿وَاتَّبَعُوا مَا تَتْلُو الشَّيَاطِينُ﴾ [البقرة١٠٢]).

مسألة: ولا بأس بالرقية من الأئمة والفضلاء، ويرقون بالقرآن، لا التوارة والإنجيل؛ لقوله تعالى: ﴿وَنُنَزِّلُ مِنَ الْقُرْءَانِ مَا هُوَ شِفَاءٌ وَرَحْمَةٌ لِلْمُؤْمِنِينَ﴾ [الإسراء٨٢]. قال الناصر عليه السلام: ولا بالأسماء العجمية [إلا أن يعلم بها، أو يخبره ثقة بمعناها]. ويكره[١] النفث والتعقيد؛ إذ هو صفة السواحر، ويجوز النفث في الحصى والرمي به في وجه العدو؛ لفعل النبي صلى الله عليه وآله وسلم يوم بدر. (بيان، وبحر من آخر الأيمان قبيل كتاب الدعاوي بقدر مسألتين). فإنه نفث في الحصا يوم بدر ورمى به في وجوه المشركين وقال: ((شاهت الوجوه)) فانكسروا وغلبوا وقتلوا وأسروا في ذلك اليوم. (بستان).

(٢) على الأجير.

(*) «غالباً» احترازاً من الأزبال المتنجسة فإنه يجوز الاستئجار[٢] عليها، وكذا السنداس، كالحجامة. قلت: ولأنه يجوز مباشرتها عند العذر كغسل الجنابة، وكما باشر الرسول صلى الله عليه وآله وسلم دم البدنة بيده عند إشعارها.اهـ قال: المؤلف لا قياس على تلك؛ لأن الحجامة لا ترطب فيها ولا مباشرة، ولأن اختبار النجاسة إنما يجوز مع الشك وعدم تيقنها، كما فيما يدرك باللمس دون الطرف، لا مع اليقين فلا، وحالة غسلها حالة ضرورية، ومسألة الهدي مخصوصة. (شرح فتح) (قرير).

(٣) قال في التفريعات: ويجوز على حمل ميت من الكفار من أمصار[٣] المسلمين إلى خارج، لا على إدخالهم؛ لأن ذلك محظور. (غيث).

---

[١] ولا بأس بالنفث من دون تعقيد.

[٢] من غير مباشرة. (قرير).

[٣] أو على حمل الخمر لإراقته.

وآلات الملاهي فإن ذلك لا يصح. ويدخل في ذلك إذا أجر بيته من ذمي ليبيع فيه خمراً(١)، أو ليصلي فيه(٢) الذمي، أو ليجعله كنيسة(٣)، فإن ذلك لا يجوز، ذكره أبو طالب، وهو قول مالك والشافعي وأبي يوسف ومحمد. وقال أبو حنيفة: بل يجوز(٤). وعن الوافي: يجوز إذا كان في خططهم.

وأما شروط صحة الإجارة فهي خمسة(٥):

أولها قوله: **(وشرط كل مؤجر(٦))** صحة ....

---

(١) مع قصده ذلك أو لفظ به. (قرير).

(*) وهل تلزم الأجرة للبيت ويشبه بالغاصب لبطلان التأجير، أو لا تلزم ويكون كالمباح بغير عوض؟ القياس أنها تجب، ويلزم التصدق بها مع الإضمار، ومع الشرط يجب الرد إلى مالكها. (حاشية سحولي) (قرير).

(*) وأما لو عقد الإجارة ليسكنه صحت الإجارة ولو باع الخمر فيه، إلا أن يضمر في العقد لمجرد بيع الخمر لم تصح الإجارة. (عامر) (قرير).

(٢) إن شرط في العقد. (بحر) (قرير).

(*) ينظر ما الوجه في هذا؟ ولعل الوجه أن هذه الصلاة التي يصلونها لم يتعبدهم الله بها على لسان نبينا، بل بصلاتنا وشرطها أيضاً، وهو الإسلام، فكانت في حقهم كتناول دون المسكر من الخمر وبيعه من بعضهم لبعض، فيكون مما يقرون وصولحوا عليه، ونحن ممنوعون من إعانتهم على ذلك.

(٣) ولو كانوا مصالحين على ذلك؛ لأن المعاونة عليه محظورة. و(قرير).

(*) يقال: هم ممنوعون من الإحداث مطلقاً، وتجديد ما خرب في خططنا، فالمراد لو أراد[١].

(٤) في السواد، لا في المصر.

(٥) بل ستة. (بيان). السادس: ويشترط اللفظ... إلخ.

(٦) بفتح الجيم.

---

[١] والمذهب أن لهم تجديد ما خرب.اهـ حيث هم مقرون عليه. (قرير). ولو في خططنا (قرير). وهو ظاهر الأزهار والبحر، واختاره المؤلف، واختاره في حاشية السحولي.

=

(ولايته(١)**)** من المؤجر، إما بملك(٢) ....

(*) واعلم أن أصحابنا ذكروا شروط إجارة الأعيان ولم يعدوا لفظ الإجارة شرطاً، بل استغنوا بذكر تعيين المدة والأجرة والمنفعة، فكأنهم يقولون: إذا حصل تعيين هذه الأشياء بأي لفظ انعقدت به الإجارة، وقد أشاروا إلى ذلك في إجارة الأعمال على ما سيأتي، فعلى هذا لو قال: «احمل هذا الحمل على هذه الدابة بكذا» فحمل استحق المسمى، وكذا لو قال صاحب الدار لغيره: «اسكن هذه الدار كل شهر بكذا» فسكن استحق صاحب الدار المسمى، فلو كان اللفظ شرطاً لم يستحق إلا أجرة المثل، وكذا لو قال في إجارة الأعمال: «خط لي هذا الثوب بكذا» فخاطه استحق المسمى، هذا ما يقتضيه مفهوم كلام أصحابنا. (غيث). اشتراط عقد الإجارة للزوم العقد، وأما المسمى فيلزم بالأمر، ذكره في البحر. اهـ المذهب اشتراط العقد إلا في المحقر، ذكره في شرح البحر، وإلا فمعاطاة. (قرير). تجوز ولا[١] تصح عند الهدوية. وعند الناصر والمنصور بالله وقول للمؤيد بالله: تصح. (بيان).

(١) للنفوذ. (قرير). [لا في الصحة فهي تصح، وتلحق الإجارة].

(*) قلت: وعلى ما سيأتي أنه يملك مشتريها الجاهل غلتها - أنه يملك الغلة، ويكون عقده صحيحاً، وكان له ولاية على ذلك.

(٢) **مسألة**: ولا يصح إجارة الأنهار للاصطياد منها[٢] ولا حق الاستطراق، ولا مسيل الماء، ذكر ذلك في التفريعات، ولعل الوجه في الحق كون المنفعة غير مملوكة، وفي النهر كون المنفعة أعياناً. (بيان لفظاً)[٣].

---

[١] ويستحق أجرة المثل. (قرير).

[٢] هكذا في البيان [وفي نسخة: للسقي منها].

[٣] وفي الغيث: إنَّ ظهر الماء كالهواء، وهو حق، والحقوق لا تملك بالأعواض، إلا أن يكون الماء مملوكاً فإن ذلك يصح. (بالمعنى). ولفظ الغيث: قال[٠]: ولا تصح إجارة الأنهار لأخذ الصيود؛ لأن ظهر الماء في حكم الهواء، قال: ولا يصح استئجار حق الاستطراق ومسيل الماء. قلت: يعني: ممن له الحق، لا من مالك الرقبة فيصح إذا عين الموضع والمدة. (غيث) (قرير). ينظر. وقرير أن الماء إن كان حقاً لصاحب الأرض فكإجارة الحق، وهو لا يصح، وإن كان ملكاً فإن استأجره المستأجر ليجريه إلى محل آخر ليصطاد به صح، وكان كالآلة، وإن استأجره ليصطاد به في محله فما وقع فيه فقد ملكه صاحب الماء؛ إذ يعد له حائزاً ولا فعل للمستأجر فتأمل. (شامي) (قرير)].

[٠] أي: في التفريعات.

=

أو غيره[١]، وسواء كان جماداً أو حيواناً، آدمياً أم غير آدمي، حراً أم عبداً. ويشترط اللفظ أيضاً[٢]، وهو لفظ[٣] الإجارة أو الإكراء.

قال في مهذب الشافعي: وكذا ملكتك منافعها بكذا. وأما بلفظ البيع ففي الشرح: خرج أبو العباس وأبو طالب جوازه[٤].

(*) قال في التذكرة: إلا الموصى له بالمنافع فليس له أن يؤجرها؛ لأن الوصية بالمنافع كالإباحة، فليس له فيها ملك.اهـ والمقرر أن له أن يؤجرها كما يأتي في العارية والوصايا.

(١) ولاية أو وكالة.اهـ أو فضولي وأجاز المالك.

(٢) والقبول أو ما في حكمه.اهـ وهو تقدم السؤال، وهذا هو الشرط السادس.

(*) في غير المحقر. (قرير). [والتحقير في الأجرة، لا في العين المؤجرة كالبيع].

(*) وهي تصح بماض ومستقبل عند الهدوية، ذكره الإمام يحيى وابن الخليل. وقال الفقيه يحيى البحيبح: لا يصح بذلك عندهم كالبيع. و(قرير).

(*) **مسألة**: من قال لغيره: «اعمل لي كذا» فسكت العامل وعمل ما أمره، أو قال العامل: «أنا لا أعمل إلا بكذا» فسكت المالك وأعطاه الشيء الذي يعمله – فإن ذلك يصح إذا كان في المحقرات، كما في البيع، وإن كان في أكثر منها فهو معاطاة تجوز ولا تصح عند الهادوية، وعند الناصر والمنصور بالله وأحد قولي المؤيد بالله أنها تصح. (بيان). ويستحق أجرة المثل عند الهادوية. (عامر).

(*) لاستحقاق المسمى، وإلا فالمثل.

(٣) قال في البحر: في اعتبار اللفظين الماضيين تردد، الأقرب يعتبر؛ للزوم العقد من الطرفين، لا لتعيين الأجرة المسماة. فلو قال: «خط هذا بدرهم» لزم الدرهم لا غير، كما سيأتي.اهـ لعله في المسألة العاشرة، وكانت هذه واسطة بين الإجارة الصحيحة والفاسدة. والصحيح أنه لا واسطة بينهما، وأما هذه فإنما لزم الدرهم فيها لكونها في محقر، واللفظان الماضيان إنما يعتبران في غير المحقرات، كما في البيع، لا فيها كما في المثال المذكور. (شرح السيد أحمد لقمان على البحر). وفي الغيث ما يشعر بالتوسط، فينظر. (من خط سيدنا حسن بن أحمد الشبيبي رحمه الله).

(٤) إذا تناول المنفعة[١]. (قرير). لا الرقبة.

---

[١] وإلا فالمثل.

=

وفي مهذب الشافعي وجهان، اختار في الانتصار أنها لا تصح بلفظ البيع؛ لمخالفتها في حكمه(١).

قال في الانتصار: فلو قال: «أجرت منك منفعة داري» صح، وهو محكي عن أبي حنيفة ومالك.

(و)الثاني: **(تعيينه)** أي: تعيين العين المؤجرة كالمبيع(٢)، فلو قال: «أجرت منك أحد دوابي» لم تصح إلا بخيار(٣) لأحدهما مدة معلومة(٤).

(و)الثالث: تعيين **(مدته(٥))** وهو أن تكون مدة التأجير معلومة الانتهاء **(أو**

(*) وفي تذكرة علي بن زيد: تصح الإجارة بلفظها سواء تناولت المنفعة أو الرقبة، وبلفظ البيع إن تناولت المنفعة. وكذا في البيان: تصح بلفظ البيع أو التمليك إذا تناول المنفعة. و(قرر).

(١) وهو أنها لا تصح إلا في معلوم، والبيع لا يصح إلا في معين موجود.اهـ الأولى في التعليل أن يقال: لها حكم مخصوص، ولا تنعقد بالبيع، كما لا ينعقد البيع بلفظها.

(٢) فلو فرض استواء الدُّور[١] في المنفعة من كل وجه فلا تبعد الصحة، كبيع أحد الأشياء المستوية. (قرر).

(٣) لأحدهما، لا لهما؛ لأنه يؤدي إلى التشاجر. هذا في المختلف، لا في المستوي فتفسد.اهـ ينظر ما وجه الفساد في المستوي؟ [المختار الصحة، وقد تقدم في قوله: «ومجهول العين» أنه يصح العقد في المستوي ويبطل الخيار، وهو المقرر.اهـ ويكون كالشريك، وله أن يختار مع ذكر الخيار. (قرر)].

(٤) وهذا خيار تعيين لا شرط.

(٥) ما لم تتعد المدة إمكان الانتفاع بطولها، وذلك يختلف باختلاف غالب حال العين، فالعبد إلى غالب منتهى أجله، وذلك لستين سنة، والدابة إلى عشرين سنة، والثوب إلى سنة أو سنتين، أو نحو ذلك، لا ما بعد الستين لقرب المنايا، وأما الأراضي فما أراد العقد عليه من المدة. (فتاوى).

(*) ولا حد لمدة الإجارة في الكثرة[٢]، وأما في القلة فأقلها ما يكون له أجرة، وما كان لا أجرة له لم تصح إجارته. (بيان). كأن يستأجر أترجة لرؤيتها لحظة.

---

[١] الدواب. (نخ)

[٢] في غير الوقف. (قرر).

=

ما في حكمها) يعني به: الأعمال المحصورة(١)، كخياطة القميص، وقصارة الثوب(٢)، والذهاب إلى كذا(٣).

(و)إذا لم يذكر ابتداء وقت الإجارة، بل أطلق كسنة - صح عقد الإجارة، وكان **(أول مطلقها وقت العقد(٤))** وعن الشافعي: لا بد من ذكر أول المدة(٥).

(*) **مسألة**: إذا أجر الدار كل شهر بكذا أو كل سنة بكذا فالإجارة فاسدة لجهل المدة. (بيان).

(١) لأن ذكر الأعمال في حكم تعيين المدة لما كان معلوم الانتهاء.

(٢) وكذا تعليم القرآن.اهـ المذهب ما تقدم في حاشية الكواكب على قوله: «قيل: وكذا تعليم الصغير القرآن». [من أنه لا بد من أشراف معلومة أو مدة معلومة. (*قرر*)].

(٣) **فرع**: وإذا قال: «إلى يوم كذا» كان إلى آخره. أما إذا قال: «إلى شهر كذا» أو «إلى سنة كذا» فقال أبو العباس: يكون إلى آخر الشهر أو السنة، لكن الأقرب أن العرف خلافه [وأنه إلى أوله]. (بيان بلفظه).

(*) **مسألة**: وإذا أكراها سنة عددية كانت ثلاثمائة وستين يوماً، وإن قال: سنة هلالية أو أطلق كانت على ما تهل شهورها، إلا ما كان فيها من كسر فيتمم ثلاثين يوماً[١]. فإن قال: سنة رومية أو فارسية أو شمسية فسدت الإجارة؛ لجهالة ذلك، إلا أن يكون معروفاً، ذكره في البحر. (بيان).

(٤) عبارة الفتح: «وأول مطلق مؤقتها وقت العقد».

(*) قيل: المراد وقت التمكن. لعله في لزوم الأجرة، وأما مدة الإجارة فمن يوم العقد، كما يأتي مثله في الفصل الثاني في الحاشية.

(*) حيث تكون صحيحة، وفي الفاسدة من يوم القبض. (*قرر*).

(٥) كآخرها.

---

[١] يعني: بعد أن يعد أحد عشر شهراً بالأهلة، ثم توفى. (بستان). إلا أن يجري عرف باعتبار العدد عمل به. (برهان) (*قرر*).

(و)الرابع: تعيين **(أجرته**(١)**)** والمعتبر في تعيينها ما يعتبر في تعيين الثمن(٢). **(وتصح)** أن تكون الأجرة **(منفعة**(٣)**)** نحو أن يستأجر داراً سنة بخدمة عبد سنة ونحو ذلك.

قال عليه السلام: فإن اختلف المنفعتان فذلك مجمع على جوازه كما مثلنا، وإن اتفقا كمنفعة(٤) دار بمنفعة دار، أو منفعة عبد بمنفعة عبد- فالمذهب جواز ذلك، حكاه في الشرح عن المؤيد بالله ومالك والشافعي، وذكره المنصور بالله في مهذبه، قال في حواشيه: وهو قول القاسم ويحيى.

وقال أبو حنيفة وأصحابه، وحكاه في الكافي عن أكثر أصحابنا: إنه لا يجوز(٥).

---

(١) **مسألة**: من قال لغيره: «بع هذا بكذا وما زاد فهو لك، أو بيننا نصفين» فهذه أجرة مجهولة[١]. وكذا إذا قال: «ولك ما يأخذه غيرك، أو ما قد أخذوه» وكان الذي أخذوه مختلفاً[٢]، فإن كان مستوياً صح[٣]. (بيان).

(*) قدراً ونوعاً وصفة.

(٢) إما جملة وإما تفصيلاً. (بيان).

(٣) ويجوز إجارة حلية الذهب بذهب، وحلية فضة بفضة، نقداً ونسأ؛ لأن هذا ليس بصرف. (بيان، وزهور).

(٤) ولو انهدمت أحد الدارين لم تبطل الإجارة في الأخرى، والأقرب للمذهب أن لصاحبها قيمة منفعة داره، لا منفعة المنهدمة؛ إذ لا يضمن بالمثل. وقيل: قيمة منفعة المنهدمة إذا لم يختر الفسخ. (قرير).

(٥) قياساً على نكاح الشغار. قلنا: علة فسخ نكاح الشغار تضمنه استثناء البضع، لا كونه منفعة بجنسها كما زعمتم، فافترقا. (بحر).

---

[١] فيستحق أجرة المثل على ما عمل، وسواء باعه أم لم يبعه. (بستان).

[٢] ولا غالب، وإلا انصرف إليه كما تقدم في الخيارات[٠]. (قرير).

[٠] وهذا في المحقر. و(قرير).

[٣] لعله في المحقر. (قرير).

قال المنصور بالله: ويجوز أن يؤجر ثوره ثلاثة أيام(١) بمنافع ثورين يوماً واحداً، وهو ظاهر إطلاق أصحابنا.

وقال الفقيه علي: إذا اتفق الجنس لم يجز النسأ(٢)، مثل أن يؤجر داراً شهراً بمنفعة دار شهرين. **(وما يصح ثمناً)** للمبيع صح أن يكون أجرة، وما لا فلا، هذا مذهبنا، وهو قول أبي حنيفة والشافعي.

وقال الصادق(٣) والناصر ومالك: لا تصح إجارة(٤) الأراضي بالطعام.

(و)الخامس: تعيين **(منفعته إن اختلفت(٥))** منافعه **(و)**اختلف **(ضررها)** فبعضها أشد مضرة من بعض، نحو أن يستأجر داراً تصلح للسكنى فيها. وتصلح للحدادة، أو عبداً يعمل أعمالاً مختلفة بعضها أشق من بعض(٦)، فإنه لا

---

(١) أو أقل أو أكثر. (قرير).

(*) لأنه لا ربا.

(٢) قلنا: لا ربا في المنافع. (بحر) (قرير). لأن موضوع الإجارة النسأ.

(*) وإذا اختلفت المدة لزم النسأ، وأما إجارة دار شهراً بمنفعة دارين شهراً فيجوز وإن تفاضل؛ لأنه وإن اتفق الجنس فالمنافع مما لا تقدير له، فيجوز فيها التفاضل لا النسأ. (حاشية على الغيث).

(٣) يحقق قولهم فهو خلاف ما ذكروه في المزارعة.اهـ يقال: هناك أجرة الأرض بنصف الخارج منها، وهو عندهم صحيح مأخوذ من فعله صلى الله عليه وآله وسلم في خيبر، وهنا نهى صلى الله عليه وآله وسلم عن إجارة الأرض بالطعام غير المعين.

(٤) لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((ولا بطعام مسمى)). قلنا: محمول على أنه من غلتها، كالمخابرة. (بحر).

(٥) **مسألة**: من استأجر بهيمة للحرث اشترط مشاهدة الأرض لاختلافها في الصلابة، ولا تنضبط بالوصف، [وإن انضبطت كفى]، ويصح الاستئجار للحرث وإن لم يُعَيَّن ما يحرث به، كالحمل وإن لم يُعَيَّن الحامل؛ إذ صار العمل معلوماً للأجير. (شرح أثمار) (قرير). [ولفظ البيان: **مسألة**: من استؤجر على الحرث فلا بد من تعيين الأرض، وذكر صفة الحرث في الأرض لفظاً أو عرفاً لا يختلف. (بلفظه)].

(٦) ولا غالب فيها، وإلا انصرف إليه. (قرير).

بد من تعيين المنفعة التي استؤجر لها، وكذلك الأرض إذا كانت تصلح لأجناس مختلفة بعضها أضر من بعض[(١)] فلا بد من تعيين ما يزرع فيها، أو يقول: ازرع ما شئت[(٢)]. فأما لو كانت لا تصلح إلا لنوع واحد، أو لأنواع مستوية في المضرة- لم يجب التعيين. وعند[(٣)] المؤيد بالله لا يجب التعيين ولو صلحت لأنواع، لكن يزرع ما تعتاده[(٤)] هذه الأرض.

(ويجوز فعل الأقل[(٥)] ضراً وإن عين غيره) فمن استأجر عيناً لمنفعة معينة فله أن يستعملها في غير تلك المنفعة إذا كانت المضرة مثل مضرة ما عين أو دونها، فإن

---

(١) وأضر ما يكون على الأرض الحلبة. (سيدنا محمد راوع).

(٢) في غير حيوان، وأما الحيوان فلا يستباح بالإباحة، فلا يصح أن يقول: احمل على الدابة كم ما شئت، وما شئت، وأما الجماد فهي تدخله الإباحة، هكذا ذكره في الزهور والذويد، وذكره في مهذب الشافعي. (شرح فتح)[١]. لأنه يؤدي إلى تلفها، وعقد الإجارة لم يتضمن ما يؤدي إلى التلف، بخلاف الأرض فإنها لا تتلف بالزراعة.اهـ وعن سيدنا عامر أن الجدار كالحيوان لا يصح أن يقول: حمل ما شئت. وقيل: بل يصح في الجدار كالأرض.

(٣) والأزهار محمول حيث لا غالب. (قرير).

(٤) أما حيث كانت معتادة لشيء مخصوص فهو وفاق أنه لا يجب عليه التعيين[٢] ولو صلحت لأنواع متعددة، وسيأتي نظيره في قوله: «ويعمل المعتاد». (حاشية سحولي).

(٥) عبارة الأثمار: «المساوي والأقل». و(قرير).

(*) **فائدة**: هل يجوز للمستأجر أن يضع في الدار ما يجلب الفأرة؟ لأصحاب الشافعي قولان، والمذهب أنه يجوز للعرف، إلا أن يكون عادتهم المنع من ذلك. و(قرير). **فائدة أخرى**: وهي إذا كانت الدار لا تدخلها البهائم في العادة لم يكن للمستأجر إدخالها.

---

[١] وفيه نظر؛ لأن الشرع قد أباح إيلام الحيوان، فالمالك مبيح ما أباحه الشرع، ولم يبح إلا ما يمكن استعمال ذلك الحيوان فيه، فيكون كأنه قال: استعمله فيما شئت مما يستعمل فيه من المنافع. (شرح بحر للسيد أحمد بن لقمان).

[٢] ولفظ البيان: وإن كانت تصلح له الكل، لكن العادة جارية باستعمال نوع واحد فقط - فقال المؤيد بالله: تقع الإجارة عليه، فلا يجب البيان. وقال في الشرح: لا بد من البيان عند الهدوية.

شرط عليه أن لا يستوفي إلا تلك المنفعة لا مثلها ولا دونها ففي مهذب الشافعي وجوه ثلاثة: تفسد الإجارة(١)؛ لأنه خلاف موجب العقد. ويصحان جميعاً. ويصح العقد لا الشرط(٢). قال الفقيه يوسف: ولعل الأول أقرب إلى المذهب.

(و)الإجارة **(يدخلها)** أربعة(٣) أشياء: الأول: **(الخيار)** أي: خيار الرؤية والعيب والشرط(٤)، أما الرؤية والعيب فسيأتيان(٥)، وأما الشرط فحاصل الكلام فيه أن نقول: لا يخلو إما أن تجعل مدة الخيار من مدة الإجارة -نحو أن يستأجره شهراً معيناً وله الخيار ثلاثاً من أوله- أو تجعل مدة الخيار من غير مدة الإجارة أو يطلق، إن كان الأول صح، فإن سكن في مدة الخيار فعن صاحب الوافي يبطل خياره(٦).

---

(١) وتلزم أجرة المثل. (قرير).

(*) حيث كان مقارناً. (قرير).

(*) هذا حيث كان الشارط المؤجر وكان الشرط مقارناً للعقد، وإن كان الشارط المستأجر أو كان الشرط غير مقارن للعقد صح العقد ولغا الشرط. (قرير).

(٢) حيث لم يكن مقارناً.

(٣) بل سبعة، [بل ثمانية] منها: التولية، والمرابحة بالإذن أو زيادة مرغب، والإقالة، والمخاسرة. و(قرير).

(٤) وكذا سائر الخيارات. (مفتي) و(قرير).

(٥) في قوله: «والصحيحة بأربعة»: بالرؤية ...إلخ.

(٦) وقيل: إن كلام صاحب الوافي قوي في بطلان الخيار، وكلام الفقيه يحيى البحيبح قوي في التفصيل. (شامي) (قرير).

(*) لأن استعماله إمضاء كما في البيع، إلا أن يرضى المالك أن يسكن في مدة الخيار. (قرير).

(*) إلا أن يأذن له المؤجر بالسكون. (قرير) أو شرط أو عرف. (قرير).

(*) ومثله في البيان والتذكرة والبحر. [كما لو تلف بعض المبيع.اهـ وهذا ما لم يأذن له المالك بالاستعمال. (قرير)].

(*) وبنى عليه في البحر، وقواه المفتي والشامي.اهـ وقرره في التذكرة، كما لو أتلف... إلخ.

(*) إن سكن. (قرير).

وقال الفقيه يحيى البحيبح: لا يبطل(١)، لكن إن كان الخيار للمؤجر أو لهما معاً لزمته الأجرة(٢). وإن تمكن ولم يستعمل: فإن تمت الإجارة فعليه الأجرة(٣)، وإن

---

(١) يرد على كلام الفقيه يحيى البحيبح إشكال، وكذا على كلام الوافي، أما على كلام الفقيه يحيى البحيبح فيقال: الخيار جعل للتروي، وجميع المدة معقود عليها، ولو صح الخيار ثلاثاً من شهر صح تسعة وعشرين من شهر، ومثل هذا يستبعد، ومن حق وقت التروي أن يتمكن من النظر في المتروى فيه، وهو لا يبقى له وقت ينظر فيه إلا وقد مضى جزء مما عقد عليه الإجارة. ومثل هذا يرد على كلام الوافي. (غيث). وقال الشافعي: إنه لا يصح خيار الشرط في إجارة الأعيان؛ لأن المدة إن حسبت على المكتري كان ذلك نقصاناً من مدته، وإن حسبت على المؤجر كان ذلك زيادة عليه. وقوى ذلك الإمام المهدي عليه السلام في الغيث، حيث قال: قلت: واعلم أن كلام الشافعي أبعد من الإشكال. فعرفت أن خيار الشرط في إجارة الأعيان فيه غاية الإشكال كما ترى، وإنما يستقيم إطلاق صحة خيار الشرط في غير إجارة الأعيان، وهو الذي أراد المؤلف رحمه الله. (وابل).

(*) لأنه مأذون له بالسكون. قلنا: الإذن كالمشروط بالإنفاذ للإجارة.

(*) كلام الفقيهين يحيى البحيبح وعلي قوي مع شرط السكون، أو جرى به عرف، أو سكن المستأجر بإذن المؤجر، فمع أحد هذه الثلاثة لا يبطل خياره. (هامش بيان بالمعنى) (قرير).

(*) وقواه عامر والهبل ومجاهد والشكايذي.

(٢) المسمى إن تمت الإجارة، وأجرة المثل إن فسخت الإجارة. (قرير). وحاصله: أن نقول: الخيار لا يخلو: إما أن يكون لهما أو لأحدهما، إن كان الأول فإن سكن المؤجر انفسخ العقد، وإن سكن المستأجر مضى[١] العقد من جهته فقط، وعليه الأجرة تم العقد [المسمى] أو فسخ [أجرة المثل]، وإن تمكن ولم يسكن لزمته الأجرة إن تم العقد، وإن لم فلا، وإن لم يسكن ولا تمكن فلا أجرة عليه تم العقد أم لا. وإن كان الثاني فإن كان الخيار للمؤجر فقط فإن سكن انفسخ، وإن لم يسكن فالكلام في المستأجر كما مر. وإن كان الخيار للمستأجر فقط فإن سكن نفذ العقد، وإن تمكن لزمته الأجرة بكل حال [سواء سكن أم لا] وإن لم يسكن ولا تمكن فلا أجرة. (من خط سيدنا صلاح الفلكي) (قرير). وهذا التفصيل حيث كانت الثلاث من الشهر، فإن كانت من غيره قبله فلا تصح الإجارة، وإن أطلق كانت من الشهر المعين. (قرير).

(٣) إن أذن له بالاستعمال فقط، وإلا فلا شيء؛ لأن المنافع باقية على ملك المؤجر. اهـ ينظر.

---

[١] إلا أن يأذن له المؤجر بالسكون. (قرير).

انفسخت فلا أجرة عليه(١). وإن لم يستعمل ولا تمكن فلا أجرة عليه؛ لأن المنافع باقية على ملك المؤجر، وسواء تم العقد أم فسخ. وأما إذا كان الخيار للمستأجر وحده فإن سكن(٢) أو تمكن فعليه الأجرة، تمت(٣) الإجارة أم فسخت، وإن لم يستعمل ولا تمكن فلا أجرة عليه، تمت الإجارة أم فسخت(٤). وأما إذا جعل مدة الخيار من غير مدة الإجارة -كأن يستأجر شعبان وله الخيار ثلاثاً من آخر رجب- فإن قلنا: إن الإجارة على وقت مستقبل تصح صحت هذه(٥)، وإن قلنا: لا تصح(٦) لزم أن لا تصح، وليس له أن يسكن في مدة الخيار(٧)، ولا يبطل السكون خياره إن قلنا بصحتها، وعليه الأجرة(٨).

وأما إذا أطلق فقال الفقيه حسن في تعليقه(٩): إن سكن في الثلاث كانت

---

(١) بل وللثلاث لا أجرة عليه. (قرير).

(٢) فقد بطل خياره. (حاشية سحولي).

(٣) وقيل: إذا تمكن ولم يستعمل فإن تمت الإجارة فعليه الأجرة، وإن فسخت فلا أجرة عليه. (عامر). وفي البحر والبيان مثل كلام الشرح، وهو المقرر، ومثله عن حثيث وحاشية السحولي. (قرير).

(٤) هذا آخر كلام الفقيه يحيى البحيبح.

(*) والمذهب لا شيء عليه بعد الفسخ؛ لأن المنافع في ملك صاحب الدار.

(٥) وهو قول المؤيد بالله.

(٦) كما سيأتي في قوله: «ولا يدخل عقد على عقد».

(٧) وفاقاً؛ لأنها ليست من مدة الإجارة.

(٨) أجرة المثل. (قرير).

(*) يعني: للثلاث؛ لأن مدة الخيار لم تدخل في مدة الإجارة فلا يلزم فيها إلا أجرة المثل. وإن سكن مدة الشهر جميعه فعلى أصلنا يلزم أجرة المثل؛ لأنها لا تصح على وقت مستقبل، وعلى القول بصحتها يلزم المسمى، والله أعلم.

(٩) على اللمع.

أول الشهر[١]، وتكون كالوجه الأول[٢]، وإن لم يسكن كانت الأجارة بعدها كالوجه الثاني[٣].

قال الفقيه يوسف: وهذا فيه نظر؛ لأنه يلزم منه فساد الإجارة لأجل جهالة العقد[٤]، هل هو من أول الثلاث أو من آخرها.

وقال في الروضة[٥]: في المسألة نظر[٦].

ويحتمل[٧] أن يقال: إن مع الإطلاق يكون ذلك كالشهر المعين[٨]؛ لأن مع إطلاق الإجارة تكون المدة من وقت العقد[٩]، ويحتمل أن يقال: إن العقد لا يستقر حتى تمر مدة الخيار، فتكون المدة من آخر مدة الخيار.

(و)الثاني: **(التخيير[١٠])** إما في الأعمال، نحو أن يستأجره على أن يزرع هذه الأرض أو هذه[١١]، أو في الأجرة، نحو أن يقول: ....

---

(١) ويبطل خياره.

(٢) حيث جعل مدة الخيار من مدة الإجارة، فيأتي فيه الخلاف بين الوافي والفقيه يحيى البحيبح.

(٣) حيث جعل مدة الخيار من غير مدة الإجارة.

(٤) بل المدة.

(٥) روضة ابن سليمان.

(٦) يعني: ينظر فيها.

(٧) هذان الاحتمالان يحتمل أنهما لصاحب الروضة، ويحتمل أنه حكاهما لأهل المذهب.

(٨) ويأتي فيه التفصيل للفقيه يحيى البحيبح والوافي.

(*) الذي جعل الخيار ثلاثاً من أوله.

(٩) فيحتسب شهراً كاملاً ابتداؤه من يوم العقد، فتكون مدة الخيار من مدة الإجارة. (قرير).

(*) وكذا الخيار.

(١٠) قال في الشرح عن أبي طالب عليه السلام: إنما صحت الإجارة مع التخيير لأنه كأنه عقد عقدين خير فيهما مدة، كما لو اشترى ثوبين وله الخيار في أحدهما مدة معلومة.

(١١) والخيار للعامل. وقيل: للمالك.

=

على أن تخيط هذا(١) الثوب بخمسة(٢) أو هذا بعشرة(٣)، أو هذه الدار على أنك إن قعدت فيها حداداً(٤) فالأجرة عشرة(٥)، وإن بعت فيها البز فخمسة(٦). أو

(*) يقال: هذا تخيير في العين لا في العمل، وصورة التخيير في العمل أن يقول: أن تخيط هذا الثوب قميصاً أو قباء. (قرر).

(*) والأجرة واحدة.

(١) فإن فعلهما معاً لزم الأكثر[١] من الأجرتين. (وابل). هلا قيل: متبرع بالثاني فينظر.

(٢) هذا تخيير في العمل والأجرة.

(*) والخيار للأجير. (قرر).

(٣) صوابه: بدرهم أو دينار، وإلا فهو تخيير في العمل [العين (نخ)] والأجرة.

(*) والخيار للأجير. (قرر).

(٤) هذا تخيير في المنفعة.

(٥) فإن فعلهما معاً لزم الأكثر[٢]، وكذا في الثوبين يلزم الأكثر، ولا يلزمه للأقل أجرة؛ لأنه متبرع.اهـ والمختار أنه يلزم أجرة الأول؛ لأنه غير متبرع فيه، ولا شيء للثوب الثاني؛ لأن الشروع في الأول اختيار له، ويلزم في الدار أيضاً أن ما شرع فيه من الاستعمالين فقد تعين للاختيار، وللثاني أجرة المثل، فلو فرض أن الأمرين وقعا معاً لزمه الأكثر من المسميين في الدار، وعليه أجرة المثل للآخر من الاستعمالين، وفي الثوبين يستحق أكثر التسميتين، ولا شيء للآخر لأنه متبرع. (سيدنا حسن رحمه الله) (قرر).

(*) فإن مضت المدة ولم يفعل أيها لزم الأقل مع التخلية. (كواكب[٣]) و(قرر). لأنه المتيقن، والأصل براءة الذمة. (بستان).

(*) فإن كان الخيار للمستأجر وتمكن من الاستعمال لزمه الأقل من الأجرتين.

(٦) فإن فعلهما معاً لزم الأكثر[٤] منهما. (وابل) و(قرر).

---

[١] والمختار أنه يلزم أجرة الأول منهما؛ لأنه متبرع بالثاني.

[٢] يقال: إن جعل ذلك مخالفة -لأنه لم يؤمر إلا بأحدهما- فالقياس أن يقال: الأكثر من المسمى وأجرة المثل، وإن لم نجعله مخالفة استحق حصة ما فعل من بيع البز مما سماه، ومما فعل من الحدادة مما سماه. (شامي).

[٣] لفظ الكواكب: وحيث تحصل التخلية والتمكن من الانتفاع ولم ينتفع وكانت الأجرة مختلفة فإنه يجب الأقل؛ لأنه المتيقن.

[٤] وللثاني أجرة المثل. هكذا في بعض الحواشي. (قرر). فإن ترتبا لزم أجرة ما استعمله أولاً، وللثاني أجرة المثل. (قرر).

في المسافة، نحو: إلى موضع كذا أو موضع كذا(١)، فإن هذه الصور كلها صحيحة وإن لم يذكر خيار لأحدهما مدة معلومة على ما يقتضيه كلام القاضي زيد، ومثله ذكر علي خليل والأمير الحسين والفقيهان محمد بن سليمان ويحيى البحيبح.

قال الأمير الحسين والفقيه يحيى البحيبح: ويكون الخيار في المسافة للمستأجر. وقال الفقيه محمد بن سليمان: بل لمن سار(٢).

وأما الأعيان(٣) فلا بد من ذكر الخيار لأحدهما مدة معلومة(٤)، نحو أن يقول: أكريتك هذه الحانوت أو هذه ولي الخيار ثلاثة أيام أو لك، فإن لم يذكر

---

(١) يعني: استأجر البريد أو البهيمة [مع استواء الأجرة].

(٢) فإن سارا جميعاً فلمن شرط[١]. (زهور). والمراد بالشرط ابتداء العقد[٢]. فإن التبس[٣] أيهما ابتدأ العقد قال الفقيه علي: فسدت بعد التحالف والنكول. (قرير).

(*) وأما الأعيان والأعمال فللأجير وفاقاً. والمختار أن الخيار في مسألة البريد ونحوه للأجير، وفي مسألة الراكب ونحوه للمستأجر. (عامر) و(قرير).

(*) منهما.

(*) يعني: مع الجمال.

(٣) لأنه يسمى في الأعيان حيث أجرها من غيره مؤجراً ومستأجراً، وفيما تقدم مستأجراً وأجيراً، وذلك في الأعمال.

(٤) كالبيع. (غيث).

---

[١] وهذا الكلام حيث استأجر الدابة، وأما البريد فلا يتصور، فالخيار إلى الأجير.

[*] فإن التبس بعد قال الفقيه علي: فسدت بعد التحالف إلخ. (قرير).

[*] لأنه الطالب، فيكون الخيار له. (سيدنا علي بن أحمد).

[٢] من أيهما، أي: المكري والمكتري.

[٣] أو شرطا جميعاً.

[*] فإن تصادقا على اللبس فسدت من غير تحالف ولا نكول. (قرير).

خياراً فسدت كالبيع(١).

وحكى أبو مضر عن بعض أهل المذهب، وذكره الفقيه حسن في تذكرته: أن الإجارة لا تصح مع التخيير(٢) إلا بذكر الخيار لأحدهما مدة معلومة(٣).

وقال الشافعي: إنه لا يصح التخيير في الإجارة(٤) مطلقاً.

(و) الثالث **(التعليق(٥))** نحو أن يقول المستأجر: ....

---

(١) قلت: وهو الأقرب للمذهب كالبيع. (بحر). وقيل: يفرق بينه وبين البيع؛ لأنه وإن ورد العقد على العين فليس هي المملوكة به، وإنما المملوك به السكون فيها، وماهية السكون شيء واحد قطعاً، والمملوك بالعقد شيء واحد، والتخيير إنما هو في أمر مغاير له، وهو اختيار محله؛ ولذا صحت مع ذكر الخيار ولم يقل بأنها على وقت مستقبل؛ لأن ملك المنفعة بالعقد قد حصل من عند العقد، فلا يضر تغيير محله في المستقبل. (شرح بحر لابن لقمان).

(*) وظاهر الأزهار خلافه، وهو المذكور في اللمع، ومثله في البيان، ولفظ البيان: **فرع**: فإن كان التخيير في العين المؤجرة، نحو: هذه الدار أو هذه، فقال في اللمع: كذا أيضاً. وقال الفقيه يحيى البحيبح والفقيه علي: لا بد فيها من ذكر الخيار لأحدهما مدة معلومة كما في البيع. اهـ في قوله: «ومجهول العين».

(٢) عائد إلى أصل مسألة الأعيان وغيرها.

(٣) هذا الخلاف راجع إلى التخيير في الأعمال. وفي الفتح: لا فرق بين الأعمال والأعيان أنه لا يشترط، كما هو ظاهر الأزهار.

(*) والفرق بين الإجارة والبيع في عدم صحة البيع إلا بالتخيير أنه يتبين بالعمل في الإجارة، بخلاف البيع.

(*) سواء كان في الأعيان أم في الأعمال.

(*) وكلام الفقيه حسن هو القياس، إلا أن يوجد فرق بين الإجارة والبيع قبل.

(٤) وقواه الإمام شرف الدين.

(٥) ولعل التعليق يدخل في الإجارة الصحيحة والفاسدة، فيكون الحكم لما وقع به الشرط[١]. (حاشية سحولي) (قرير).

---

[١] وكذا يصح التعليق في سائر الأجراء المشركين، وسواء كان الشرط من جهة المستأجر أو من جهة الأجير، نحو أن يشرط على الراعي ونحوه أنه إن ترك العمل قبل تمام السنة فلا أجرة له في الماضي، أو شرط الراعي أنهم إن منعوه من العمل بقية السنة فله أجرة السنة كاملة. (حاشية سحولي لفظاً). ومثله في شرح الأثمار. (قرير).

=

اعرض(١) هذه السلعة مدة كذا بكذا، فإن بعت وإلا فلا شيء لك، أو فإن بعت بكذا فلك كذا، وإلا فلا شيء لك، فإن تعليق الأجرة على هذا الشرط يصح ويصح العقد(٢).

وقال المؤيد بالله والشافعي: بل تفسد الإجارة، فيلزم أجرة المثل.

(و)الرابع: **(التضمين(٣))** للعين المؤجرة؛ فيضمنها ولو فاتت بغير تفريط،

(*) لكن لو تلف في يده هل يضمن أو لا؟ فيه نظر. (نجري). لأنه إن باع[١] فهو أجير، وإن لم يبع فهو أمين. والأقرب أنه لا يضمن[٢]؛ لجواز أن لا يبيع. وكذا عن سيدنا عامر، فإذا باع ضمن[٣] وإن رد عليه بأي الخيارات. (بحر).

(*) يعني: تعليق الأجرة؛ إذ لو كان عقد الإجارة معلقاً على وقت مستقبل لم يصح. (شرح فتح) (قرر).

(١) صوابه: استأجرتك، إلا أن يحمل أنه محقر. (مفتي) (قرر). لأن لفظ «اعرض» مستقبل كما تقدم في البيع.

(٢) وكذا يصح حيث شرط المستأجر على الأجير أنه إن أتم عمل الكل وإلا فلا شيء له، أو شرط على الخاص أن يتم المدة كلها وإلا فلا شيء له، أو شرط الخاص على المستأجر له أنه إن فسخ الإجارة في بعض المدة سلم كل الأجرة، فعلى هذا الخلاف. (بيان). المذهب الصحة في الكل.

(*) وإذا باع قبل مضي مدة العرض استحق كل الأجرة؛ إذ قد أتى بالمقصود. (بحر) و(قرر).

(٣) وإن جهله كما في العارية. (حاشية سحولي). والمقرر أنه لا بد من علم المستأجر والمشترك وإن لم يقبل. وقرره المتوكل على الله والمفتي. ويمكن الفرق بينهما في أنه هناك أخذ لنفع نفسه، بخلاف هنا فإنه أخذ لنفعه [وهي الأجرة] ونفع المالك فاشترط العلم. (قرر).

(*) فلو أن المستأجر غير المضمن أجر العين من غيره وضمنه فلعله يصح تضمينه لها، ويكون كأن المستأجر الآخر تبرع بتضمينها لمالكها، كما لو شرط المستعير الضمان على نفسه ابتداء. اهـ سيأتي في قوله: «وللمستأجر القابض» خلافه. (قرر).

---

[١] وقد يقال(قرر): يضمن على كل حال؛ لأنه دخل في إجارة، ولا يكون له حالتان: حالة يكون فيها أميناً، وحالة يكون فيها ضميناً - للمنافاة، بل غاية ذلك أن تكون الإجارة فاسدة، والأجير يضمن مطلقاً. (شامي).

[٢] فليحقق إن كان مشتركاً ضمن، وإن كان خاصاً لم يضمن.

[٣] إن تلف قبل التسليم إلى المشتري. (سماع سيدنا حسن رحمه الله).

=

ولو فسدت الإجارة بأي وجه. وضمانه ضمان المشترك[١] في الصحيحة والفاسدة[٢] جميعاً.

وعند أبي حنيفة والشافعي: أن المستأجر لا يضمن ولو ضمن.

واعلم أن شرط التضمين إن قارن العقد لزم بلا إشكال، وإن تأخر عن العقد فقال الفقيه يحيى البحيبح: لا يلزم اتفاقاً[٣]. وقال الفقيه حسن: بل يلزم[٤].

قوله: **(غالباً)** يحترز من تضمين ما ينقص بالاستعمال[٥] فإنه لا يصح، بل

(*) وكذا الحفظ إذا شرط على المستأجر ضمن كالمشترك.اهـ يعني: بعد التضمين. (هامش بيان).

(١) مع التضمين الغالب وغيره. (قرير).

(*) بعد التضمين. (قرير).

(*) لكن مع الإطلاق لا يضمن الغالب إلا بالتصريح. (شرح فتح). واعلم أن ظاهر الكتاب فيما سيأتي أنه يضمن الغالب وغيره إذا ضمن؛ فلا يقال: ضمان المشترك. (نجري) و(قرير). فأما إذا شرط الحفظ ضمن ضمان المشترك قبل التضمين.اهـ [سيأتي في فصل الضمانات معلقاً عليه: أنه يكفي في التضمين شرط الحفظ. (قرير)].

(٢) **فرع**: وإذا شرط الحفظ [أو الضمان. (قرير)] في الإجارة الفاسدة، فإن انتفع وحفظ وجب عليه أجرة الانتفاع، وله أجرة الحفظ[١]، وإن لم يفعل أيهما فلا أجرة عليه ولا له، ويضمن ما تلف، وإن فعل أحدهما فقط وجب أجرة ما فعل. (بيان).

(٣) لأن المستأجر قد استحق المنافع بالأجرة[٢]، فلا يقابل التضمين شيئاً، فلا يصح، كتضمين الأجير الخاص.

(٤) مع القبول.اهـ وقرير أن العلم كاف مع عدم رد التضمين. (قرير).

(٥) وهذا حيث ضمنه ما نقص أو ما انكسر بالاستعمال فلا يضمن، وأما إذا أطلق الضمان صح ودخل ذلك في ضمانه كالغالب، هذا هو الصحيح. قلنا: ليس كذلك؛ إذ مطلق الضمان ينصرف إلى غير ما ينقص بالاستعمال. (شامي).

---

[١] والعرف بخلاف ذلك، فإنه لا أجرة له على الحفظ. (قرير).

[٢] فكان كإدخال عقد على عقد، فلا يصح.

=

يكون الشرط باطلاً[(١)].

قال الفقيه محمد بن يحيى والفقيه محمد بن سليمان: وتكون هذه الإجارة فاسدة؛ لأن هذا الشرط ينفي موجب العقد.

وقال الفقيه يوسف: بل ظاهر كلام أصحابنا يقتضي أن هذا الشرط يلغو[(٢)] ويصح العقد.

(و)من استأجر عيناً من الأعيان أو داراً فانقضت[(٣)] مدة الإجارة فإنه **(يجب)** عليه **(الرد[(٤)])** لتلك العين **(والتخلية)** لتلك الدار **(فوراً[(٥)])** من غير تراخ، هذا مذهبنا، وهو قول الهادي والشافعي وأبي يوسف ومحمد.

وقال المؤيد بالله[(٦)]: لا يلزم الرد مطلقاً.

وقال أبو حنيفة: لا يلزم فيما لا حمل له[(٧)]. وقال ابن أبي الفوارس عكسه[(٨)].

(*) وكذا ما ينكسر بالاستعمال المعتاد. و(قرر).

(*) كشق، وثلم، وكف[١]. (تذكرة) (قرر).

(١) إجماعاً؛ لأنه يؤدي إلى منعه من الانتفاع، وأما المستعير إذا شرط عليه ذلك فقال الفقيه حسن: لا يصح ذلك. وقال الفقيه يوسف: بل يصح. (بيان).

(٢) قوي. لأنه غير لازم، كتضمين الوديعة. (بحر).

(٣) هذا في المنقول، وإلا فسيأتي أن مدة التخلية عليه، ففي العبارة تسامح.

(٤) إلا لعرف. (قرر).

(*) وسواء كانت العين مضمونة أم لا كالعارية، قاله عليه السلام. (نجري).

(*) إلى موضع الابتداء.

(٥) لأنه لم يأذن له بالإمساك بعد المدة، وإنما أخذه لغرض نفسه، فأشبه المستعير.

(*) وحد الفور: أن يتمكن من الرد ولم يرد. (قرر).

(٦) وحجة المؤيد بالله أنه أمانة في يده كالوديعة.

(٧) أي: لا مؤنة لحمله.

(٨) أي: لا يجب فيما لحمله مؤنة.

---

[١] قال الصعيتري: والمراد بالكف كف الحد في الفأس ونحوه.

واتفقوا في العارية أنه يلزم الرد[١]، وفي الوديعة أنه لا يلزم[٢].

قال الفقيه علي: والخلاف بين الهادي والمؤيد بالله إذا لم يضمن المستأجر، وأما إذا ضمن فلا خلاف أنه لا يجب الرد[٣] **(وإلا)** يرد المستأجر العين المستأجرة، أو يخليها إذا كانت داراً بعد استيفاء المنافع **(ضمن[٤])** ذلك الشيء **(هو و)**ضمنت **(أجرة مثله[٥] وإن لم ينتفع)** به؛ لأنه صار كالغاصب[٦]، فيضمن كما يضمن الغاصب[٧] **(إلا)** أن يترك الرد والتخلية **(لعذر[٨])** فإنه لا يضمن

---

(١) إذ قبض لنفع نفسه.

(*) ما لم يشرط. (بيان) (قرير).

(٢) إذ قبض لنفع المالك.

(*) ولو شرط. (قرير).

(٣) هكذا ذكر الفقيه علي في تعليقه بالمعنى؛ لأنه قد صار أجيراً مشتركاً[1].اهـ والصحيح أنه يجب الرد؛ لأنه قد اجتمع عليه موجب –وهو العقد الأول– وغير موجب، وهو التضمين. (شرح أثمار). وقواه الشامي.

(*) بل يجب.

(*) والأصح أنه يجب الرد؛ لبقاء السبب –وهو كونه مستأجراً– وإن حصل سبب آخر لا يوجب الرد، وهو كونه أجيراً، كما قال أهل المذهب في الشريكين إذا تناوبا البقرة للبن، والدابة للركوب، والله أعلم.

(*) لا فرق على الصحيح من المذهب.

(٤) بالتخفيف.

(٥) من يوم انقضاء المدة. (قرير).

(*) والأرش والإثم.

(٦) بل غاصب.

(٧) وإن لم ينقل. [كجحد الوديعة].

(٨) أما مع ترك التخلية فالأجرة لازمة ولو ترك التخلية لعذر. (بحر). قيل: إلا لخوف على العين فلا أجرة ولا ضمان.

---

[1] وهو لا يجب رد المستأجر عليه.

=

العين(١) ولا أجرتها. والعذر على وجهين: أحدهما: أن يشرط على المالك أن يأتي لها. الثاني: أن يعرض له مانع من الرد(٢) من مخافة(٣) أو غيبة(٤) أو غيرهما(٥)، فإنه لا يضمن العين، ولا الأجرة إن لم يستعمل. وقال الشافعي: يضمن ولو لم يمكن الرد.

قال الفقيه يحيى البحيبح(٦): وحد الغيبة التي تكون عذراً عندنا أن تكون

(*) أما إذا ترك التخلية لعذر غير الخوف على العين فالمذهب أنها تلزم الأجرة والضمان.اهـ ولفظ حاشية السحولي: هذا عائد إلى ترك الرد، أما لو ترك التخلية لعذر فإنها تلزم الأجرة[١] والضمان. (حاشية سحولي). إلا للخوف على العين فلا أجرة ولا ضمان.

(*) العذر في ترك الرد، لا في التخلية فتلزم الأجرة مطلقاً. و(قرر).

(١) إلا لتفريط أو تضمين. (قرر).

(٢) سواء كان الخوف على نفسه أو ماله أو العين فلا ضمان. و(قرر).

(٣) أما الاجرة فتلزم حيث لم يفرغ الدار ولو لعذر، كما ذكر في البيان، وقد ذكروا أنه إن لم ينزل من فوق الدابة التي جمحت خوفاً عليها لم تلزم الأجرة للرجوع ولو أمكن النزول. فينظر. قال في الكواكب: إلا أن لا يخلي العين خوفاً عليها من ظالم أو نحوه فإنه لا تلزمه الأجرة، كما في الدابة إذا جمحت. (قرر).

(٤) يعني: غيبة المالك عن موضع القبض[٢]، وأما غيبة المستأجر فليس بعذر. وإذا غاب المالك وادعى أنه انتفع أو لم يفرغ نظر في حالها: فإن كانت مفرغة فالبينة عليه، وإن كانت مشغولة فالقول قوله، ذكره في التفريعات. (قرر).

(٥) حبس أو مرض، ومنه مرض الدابة.

(٦) ينظر في كلام الفقيه يحيى البحيبح؛ لأن العبرة في سقوط وجوب الرد على المستأجر هو أن لا يكون المالك في موضع القبض؛ لأنه لا يجب عليه الرد إلا إلى[٣] ذلك الموضع، وإن كان خارجاً عنه لم يجب عليه، من غير فرق بين قرب المسافة وبعدها. (ذماري).

---

[١] أما الأجرة فتلزم حيث لم يفرغ الدار ولو لعذر، وأما الضمان فلا يضمن مطلقاً. (قرر). سواء رجع العذر إلى العين أو إلى غيرها. (قرر).

[٢] وهو المجلس. (قرر).

[٣] موضع الابتداء. (نخ).

بريداً فصاعدا[(١)]، وفيما بين الميل والبريد تردد[(٢)]، فأما في الميل فليس بغائب[(٣)] بلا إشكال.

(ومؤنها) أي: مؤن الرد فيما لحمله مؤنة، ومؤن تخلية الدار ونحوها[(٤)] **(و)**كذلك **(مدة التخلية[(٥)])** للدار وحشوشها[(٦)] تجب **(عليه)** أي: على المستأجر[(٧)]، ويجب أن تكون من مدة[(٨)] ....

---

(١) من موضع القبض.

(٢) المذهب أنه عذر فلا يجب الرد. (قرر).

(٣) بل غائب. (قرر).

(*) يعني: في سقوط وجوب الرد على المستأجر.

(٤) **مسألة**: وإذا حصد المكتري زرعه فعليه قلع ما بقي من أصوله[١]؛ ليرد الأرض فارغة، كوجوب تفريغ الدار. (بحر). المذهب خلافه. (قرر).

(*) كالحانوت والمدفن والأرض.

(٥) وإذا استأجر الدابة مدة معلومة إلى موضع كذا كانت مدة الرد من مدة الإجارة[٢]، وإن استأجرها إلى موضع كذا من دون ذكر المدة كان الرد بعد بلوغها ذلك المكان على[٣] مالكها. (كواكب). ومعناه في حاشية السحولي.اهـ يعني: فلا أجرة له.

(٦) **مسألة**: وعلى المكري للدار تفريغ الخلاء في أول المدة[٤] كما يفرغ الدار؛ ليتمكن المكتري من الانتفاع، ثم إذا ملأه المكتري فهو الذي يفرغه إن أحب؛ ليتمكن من الانتفاع به، فإذا انقضت المدة لزمه[٥] تفريغه كتفريغ الدار، قال الفقيه يوسف: إلا أن يجري العرف بخلاف ذلك كله عمل به. (بيان).

(٧) إلا لعرف أنه على المالك.

(٨) إلا مدة الرد فلا يلزم أن تكون من مدة المستأجر.اهـ وقيل: لا بد أن تكون منها، وهو المختار.

---

[١] لعله حيث لم يجر عرف بخلافه.

[٢] المذهب خلافه. (قرر).

[٣] وعرفنا الآن أن الرد على المستأجر مطلقاً، ذكرت المدة أم لم تذكر. (قرر).

[٤] الظاهر أن التفريغ يكون قبل عقد الإجارة، كما يجب على المستأجر التفريغ في المدة. (قرر).

[٥] بل تكون مدة التخلية من مدة الإجارة في الخلاء والدار وغيرهما. (قرر).

=

المستأجر[(١)]، فيأخذ في تفريغ الدار ومدة الإجارة باقية، فإن لم يفرغها إلا بعد مضي المدة ضمن العين[(٢)] وأجرتها. فهذه الثلاثة[(٣)] تجب على المستأجر **(لا الإنفاق)** للعبد المستأجر والدابة المستأجرة فعلى مالكهما[(٤)] لا على المستأجر، وكذلك الوديعة والعارية.

قال الفقيه علي: وإذا كان العرف[(٥)] أن النفقة على المكتري كانت الإجارة

(*) **مسألة**: وعلى المكري إصلاح ما تغير من الدار، وتطيين ما يحتاج إلى تطيينه، وإصلاح بئر الماء إن كان فيها؛ ليتمكن المكتري من الانتفاع[١]، ذكر ذلك في الشرح. قال الفقيه يوسف: فلو جرت العادة بأن يفعل ذلك المكتري -كما هو العرف الآن- أو شرط ذلك عليه كانت الإجارة فاسدة؛ لأنه يكون ذلك من جملة الأجرة، وهو مجهول[٢]. (بيان).

(١) هذا في غير المنقول، وأما المنقول فلا يجب حتى تتم الإجارة. والفرق بينهما: أن مجرد بقاء الطعام ونحوه في الدار استعمال، لا مجرد الرد فليس باستعمال. (سماع هبل) (قرير). وفي حاشية السحولي: وكذا مدة الرد إن كانت مدة الإجارة محدودة،، وإلا تكن محدودة -كأن يستأجر منه البهيمة ليحمل عليها إلى كذا- كانت مدة الرد على المالك، فلا أجرة له فيها.اهـ يعني: لا أجرة على المستأجر للذي يردها. (قرير).

(٢) لأنه لم يؤذن بالإمساك بعد المدة، وإنما أخذ لغرض نفسه فأشبه المستعير. (صعيتري).

(٣) وهي الرد والتخلية، ومؤنهما، ومدة التخلية.

(٤) من غير فرق بين مدة التخلية ومدة الإجارة.

(٥) أو شرط. (قرير).

---

[١] فإن لم يفعل كان للمستأجر أن يفعل ذلك، ويرجع على المالك إن كان غائباً أو متمرداً، وإلا فلا. (قرير). وهو ظاهر الأزهار في قوله: «وكذلك مؤن كل عين لغيره» إلخ.

[٢] يقال: هذا ما لم يكن أجرة صلاح ما ذكر معلوماً، وإلا صحت حيث لا يحتاج إلى آلة، أو كانت الآلة من المؤجر موجودة. (إملاء شامي). وينظر أيضاً في الفرق بين هذه وبين ما إذا شرط الحفظ على المستأجر، فقد قالوا: يصح، وتكون أجرة الحفظ زيادة على الأجرة الأصلية، ولم يحكموا بالفساد. فينظر. ويمكن الفرق بأن أجرة المنفعة والحفظ هو المسمى من غير زيادة، وإنما جعلوها كالزيادة فقط، بخلاف هنا فلا شك أن هذه الأشياء ينفق عليها من غير المسمى، فافترقا. (شامي). والله أعلم.

فاسدة[١]؛ لجهالة الأجرة.

---

(١) فيلزمه أجرة ما انتفع به، وله أجرته فيما أصلح من الدار، وقيمة ما علف الدابة مما هو معتاد. (بيان) (قرر).

(*) إلا أن يكون الإنفاق معلوماً جنساً ونوعاً وقدراً فيصح في المثلية، لا في القيمية فلا، كالقصب والتبن فتفسد، إلا أن يذكر دراهم ويأمره أن يشتري بها علفاً صح ذلك، ويكون مستأجراً على علفها فيضمن ضمان المشترك. (نجري معنى). وقيل: لا يضمن. (بحر) (قرر).

(*) لأنه يكون من جملة الأجرة، وهو مجهول. و(قرر).

(فصل): في ذكر أحكام إجارة الأعيان

(وإنما تستحق أجرة الأعيان(١)**)** بأحد أمرين: إما **(باستيفاء المنافع**(٢)**)** للمدة المضروبة **(أو بالتخلية**(٣) **الصحيحة**(٤)**)** في المدة المضروبة، فإن كانت التخلية غير صحيحة -نحو أن يستأجر منزلاً ولا يعطيه(٥) المفتاح، وهو لا يمكن(٦) فتحه من

---

(١) وقد أخذ من هذا أنه لا يصح تأجير الحقوق؛ لأنها ليست بأعيان. وفي بعض الحواشي: يصح تأجير ذلك.

(*) المراد الاستقرار، وسيأتي الاستحقاق [في قوله: «فصل: والأجرة في الصحيحة» إلخ].

(٢) وبعضها بالبعض. (بيان).

(*) كل ما استوفى قسطاً من المنفعة له كراء وجب تسليم كرائه.

(٣) وتكفي التخلية وإن لم يقبض الأجرة، بخلاف المبيع فلا بد من قبض الثمن. (يحيى حميد) (قرير).

(*) ومعنى التخلية التمكن من الانتفاع وإن لم ينتفع، فلو استأجر داراً وهي على مسافة منه فتخليتها بمضي مدة يمكن فيها القبض[١]، بخلاف المبيع، وهذا في غير المنقول، لا فيه فلا بد من القرب. (بحر، وبيان). وقرره التهامي عن مشائخه. و(قرير).

(٤) في العقد الصحيح. (قرير).

(٥) **فـرع**: وعلى المكري تسليم المفتاح، فإن ضاع[٢] مع المكتري فعلى المكري إبداله، ولا يضمنه المكتري إلا أن يفرط. (بيان).

(٦) بل ولو أمكن.

---

[١] وإن لم يكن قريباً من المخلى له، ووجه الفرق بين هنا والبيع أن في الإجارة قد فاتت المنافع عنده، فلو لم تكن التخلية قبضاً لكانت قد فاتت المنافع بغير عوض، وهو إتلاف مال الغير، بخلاف البيع فالعين باقية لم يستهلك منها شيئاً، لكن إن كان المستأجر بعيداً عنها عفي عن قدر المدة التي يصل فيها، يعني: لا تلزم الأجرة في هذا القدر، وأما بعد فتلزمه وإن لم يصل.

[*] فلو كانت الدار على مسافة قريبة منه فتخليتها بمضي مدة يمكنه القبض فيها. (قرير).

[٢] يعني: تلف من دون جناية ولا تفريط. (قرير).

[*] الضياع تفريط. (قرير). [فإن تلف بجناية ضمن المكتري قيمته، ويعوضه المالك، فإن لم يبدله له المالك فلا أجرة؛ لعدم التخلية؛ لأنه يجب عليه التعويض. (شرح فتح). ومثله في (شرح البحر)].

دونه إلا بمشقة(١) أو مؤنة - لم تكن صحيحة، فلا يستحق الأجرة.

قال الفقيه يوسف: فإن لم يمكن إلا بكسر الغلق لـم يجز(٢)، لكن إن فعل وجبت الأجرة(٣)، فأما لو أمكن بالفك أو التسلق جاز ذلك ولم يجب(٤).

(فإن تعذر الانتفاع لعارض(٥)) وقع في ....

---

(١) ولو قلت.

(*) فإن لم يمكنه لبلاهته، وهو يمكن آحاد[١] الناس، فإن أمكنه يأمر غيره[٢] بالفتح لزمه الكراء، وإن لم يمكنه لم يلزمه. (بيان).

(٢) وأما المالك فيلزمه ذلك وأكثر منه إذا لم يمكن التسليم إلا به، فإذا لم يفعل كان للمستأجر ولاية في فعله.

(*) وقال الفقيه يوسف: يحتمل أن يجوز له ذلك إذا لم يمكن الدخول إلا به، ولا يضمن، كما أنه يلزم المالك فعل ذلك وأكثر منه إذا لم يمكن التسليم إلا به، فإذا لم يفعل كان للمستأجر ولاية في فعله، وكذا في عمارة الدار حيث خربت، ويكون له الرجوع[٣] على المكري بأجرته. لكن هل يحتاج إلى إذن الحاكم[٤] إذا كان حاصلاً؟ يأتي على الخلاف الذي في الشريك ونحوه. (كواكب).

(٣) وضمن ما كسر، وأرشه. (قرر).

(٤) ولا تجب الأجرة حيث لم يفعل هذه الأشياء.

(٥) **مسألة**: وإذا غصبت الدار المؤجرة فحيث يمكن المستأجر منع الغاصب واسترجاع الدار منه بغير عوض ولم يفعل يلزمه الكراء[٥]، وله أن يرجع[٦] على الغاصب بأجرة المثل، فإن زادت[٧] على الكراء كان كما إذا أكراها بزائد على ما يأتي، وحيث لا يمكنه ذلك فلا كراء عليه لمدة الغصب؛ لأنه لم يتمكن من الانتفاع، وللمالك مطالبة الغاصب بأجرة المثل. (بيان).

---

[١] في البيان: أكثر الناس.

[٢] حيث لا منة ولا أجرة. و(قرر).

[٣] مع نية الرجوع. (قرر).

[٤] لا يعتبر؛ لأنه كالشريك. (قرر).

[٥] والمراد بهذا إن كان بعد قبضه[٠]، فإن كان قبله فلا أجرة. (كواكب).

[٠] أو خليت له تخلية صحيحة في عقد صحيح، فتجب عليه الأجرة. (قرر).

[٦] بعد القبض.

[٧] ولعل الأولى هنا أنه يطيب له؛ لكون الغاصب أتلف عليه منافع مملوكة له، فيضمنها بقيمتها، وهي أجرة المثل. (قرر). وفي المعيار: يحتمل أن يطيب له الزائد، ويحتمل أن يتصدق به. وقيل: يجب عليه رده للمالك.

(في العين[(١)]**)** المستأجرة، نحو أن يستأجر داراً أو نحوها[(٢)] فانهدم جميعها: فإن كان قبل التسليم بطلت الإجارة[(٣)] -قال في الشرح: بلا خلاف[(٤)]- وإن كان بعد قبضها لم تبطل عندنا[(٥)]. وإن كان بعض الدار لم تنفسخ[(٦)] مهما بقي منها ما يمكن الانتفاع به[(٧)]، إلا أن يختار المستأجر[(٨)] الفسخ فله ذلك[(٩)] و**(سقط)** من الأجرة **(بحصتها)** أي: بحصة المتعذر.

(و)يجب **(على المالك**[(١٠)] **الإصلاح)** للعين المستأجرة لينتفع المستأجر بها، فيجب على رب الدار إعادة بنائها[(١١)]، وهذا إذا كان رب الدار موسراً ولم يختر

---

(١) لا لو تعذر الانتفاع لحبس المستأجر لم يسقط شيء إن لم يفسخ.

(٢) أرضاً فانقطع ماؤها، أو غلب عليها الماء، أو غصبت، أو دابة فعجزت، أو آدمياً فمرض أو حبس أو نحو ذلك. (شرح بهران) (*قرر*).

(٣) سواء أمكن الإصلاح أم لا. (شرح فتح) (*قرر*).

(٤) كتلف المبيع قبل قبضه؛ إذ المنافع كالأعيان.

(٥) خلاف أبي حنيفة والشافعي. (غيث، وبيان).

(*) لكنه يسقط الكراء ما دامت خراباً، ويكون للمكتري الفسخ. (بيان). وكذا حكم الغصب إذا خربت الدار ولم يبق لها أجرة سقط الكراء لمدة الخراب. (هداية)[١] (*قرر*).

(٦) في الباقي.

(٧) فيما استؤجر له.

(*) لكن إن كان قبل القبض بطلت فيما خرب، لا بعد القبض، ويخير في الباقي في الطرفين معاً. (بيان معنى).

(٨) ولا خيار للمالك في الفسخ مهما لم يفسخ المستأجر. (حاشية سحولي) (*قرر*).

(٩) ولو بطل خياره؛ لأنه حق يتجدد. (*قرر*).

(١٠) ونحوه المتولي.

(*) ويستثنى له ما يستثنى للمفلس غير هذه الدار، ويصلح بالزائد. (تذكرة، وكواكب) (*قرر*).

(١١) كما كانت قدراً وصفة. (بيان). فلو أعاد المالك الكل على غير صفتها الأولى خير للمكتري بين سكناها فيما بقي بحصته من الكراء وبين الفسخ. (*قرر*). [وإن أعاد المالك بعضها فقط خير المكتري بين الرضا به بحصته من الكراء فيما بقي من المدة وبين الفسخ. (بهران) (*قرر*)].

---

[١] لفظ الهداية: وكذا حكم الغصب في سقوطها.

المستأجر الفسخ، فإن فسخ قبل إعادة البناء فله ذلك، ولو أسقط خياره كان له الفسخ ما دامت الدار منهدمة[(١)]. **(فإن تعذر[(٢)])** على المالك الإصلاح **(في المدة)** إما لإعساره[(٣)]، أو لم يبق من مدة الإجارة ما يتسع للانتفاع بها بعد الإصلاح **(سقط)** من الأجرة[(٤)] **(بحصتها)** من مدة الانهدام[(٥)] ونحوه[(٦)]. وكيفية تحصيص الحط من الأجرة أن الحانوت إذا تعطل شهراً نظرنا كم أجرة مثله في تلك الأيام، ثم نظرنا كم أجرته باقي[(٧)] الشهور، ....

---

(١) كخيار تعذر التسليم؛ لأن سبب الخيار متجدد لعدم الانتفاع. (غيث[١]).

(*) أو بعضها. (قرير).

(٢) أو تمرد فقط. (قرير).

(٣) قال الفقيه يوسف: وللمستأجر أن يعمر الدار إذا تعذر على المالك أو تمرد، ويرجع على المالك بغرامته[٢]، وفي اعتبار الحكم الخلاف. لا يحتاج. (كواكب). وعليه الأزهار في قوله: «وكذلك مؤن كل عين لغيره في يده ..» إلخ.

(٤) حيث يكون النقصان في المنازل، فإن كان النقصان في الصفة -نحو الملاحة- ورضي بها المستأجر ناقصة في الصفة فلا ينقص شيء من المسمى. (كواكب) و(قرير).

(٥) ولا يسكن بقدر ما فات؛ لأن المنافع لا تضمن ببدلها؛ لأنها من ذوات القيم تضمن بقيمتها، وضمانها هنا سقوط أجرتها. (كواكب معنى). وكذا إذا سكن أحد الشريكين مدة من غير مهاياة لم يكن للآخر أن يسكن بقدرها، ولكن يضمن له الأجرة. (نجري).

(*) الأولى في العبارة أن يقال: يسقط من مدة الانهدام بحصتها. اهـ وشكل على لفظة «من»، ولا وجه له؛ لأن «من» هنا بيانية، لا للتبعيض.

(٦) كغصب مستأجرة ولم يمكن المستأجر استرجاعها من غير بذل مال، وكان غصبها بعد القبض، وإلا فلا شيء عليه وإن تمكن.

(*) مرض الدابة، وتغير الرحى ونحوها من الآلات، مثل الإناء المؤجر، وآلة الزرع ونحوها.

(٧) يعني: أجرة المثل.

---

[١] لفظ الغيث: لأن سبب الفسخ متجدد، وهو بطلان المنفعة.

[٢] إن نوى الرجوع. (قرير).

وتقسم أجرته(١) المسماة على ذلك.

(وإذا عقد لاثنين(٢)) أي: أجر داره أو دابته من اثنين **(فللأول إن ترتبا)** أي: إن وقع العقدان مرتبين، فإن كانا وقعا في وقت واحد(٣) أو التبس(٤) هل وقعا في وقت أو في وقتين(٥) فإنها تبطل الإجارة(٦).

(و)إذا أجاز المستأجر الأول للمالك العقد الثاني فإنه ينظر: إن كانت

(١) ومثال ذلك: أن تكون أجرة الحانوت ثلاثة أشهر أربعين درهماً، وأجرة المثل ستون درهماً، وتعطل أحد الشهور الثلاثة، وقسط الشهر من أجرة المثل ثلاثون درهماً، وقسط الشهرين الآخرين ثلاثون درهماً، فإنه يحط نصف المسمى، وهو عشرون درهماً؛ لأنه في أيام النفاق، وإن كان تعطل أحد الشهرين فإنه يحط ربع المسمى، وهو عشرة دراهم؛ لأنه تعطل في أيام الكساد. (لمعة). وعلى هذا فقس. فإن استوت أجرة مدة الانهدام والمسمى -بأن يكون المسمى ثلاثين في هذا المثال- ضممت أجرته إلى أجرة باقي الشهور ونسبتها، فإذا أتت نصفاً أسقطت نصف المسمى، وإن كانت ثلثاً أسقطت ثلث المسمى، وعلى ذلك فقس.

(*) ولا فرق في ذلك كله بين أن تخرب بفعل المكتري أو المكري أو الغير، لكنه يلزم المكتري أرش الخراب حيث كان بفعله، لا عمارتها. (بيان بلفظه).

(٢) والمدة واحدة.

(٣) نحو أن يؤجرها هو ووكيله، والتبس هل هو في وقت واحد أو وقتين. (عامر).

(*) ولفظ الإجارة: أجرت جميع داري من كل واحد[١] منكما فيقبلان، أو يؤجر وكيلاه في وقت واحد. (زهور معنى). ولأنه لا اختصاص لأحدهما على الآخر فيتعين البطلان، لكن يحقق الفرق بينه وبين البيع. قلنا: لا فرق بينهما إذا وقع عقد البيع على هذه الصفة.

(٤) أصلي. [لا الطارئ فيقسم بينهما].

(٥) كما في النكاح.

(٦) اللبس مبطل هنا، وفي جمعتين أقيمتا في دون الميل، وفي إمامين ادعيا والتبس أيهما وفي وليين عقدا على الأصح.

---

[١] وأما لو قال: «أجرت داري منكما» صح، وثبت لهما الخيار. (قرير).

(إجازته عقد المالك لنفسه[(١)]**)** لا للمجيز فهي **(فسخ)** بينه وبين المالك[(٢)] **(لا إمضاء)** للعقد الثاني[(٣)].

وقال أبو مضر وابن أبي الفوارس: بل إجازته تكون فسخاً للعقد الأول وإمضاء للعقد الثاني[(٤)]. وهذا موافق لما ذكره الهادي عليه السلام في الهبة[(٥)].

---

(١) **وضابطه** أن نقول: أجرت لي وأجاز لي فسخ لا إمضاء. أجرت له وأجاز له صح لمثل وبمثل وفوق إن كان قد قبض. أجرت لي وأجاز له صح لمثل وبمثل فقط بعد القبض. أجرت له وأجاز لي بقي[١] العقد موقوفاً. (حاشية سحولي). وهو الذي قال الإمام في الشرح: يلغو العقد.

(٢) ويشترط أن تكون في وجه المالك أو علمه بكتاب أو رسول.

(٣) فيحتاج إلى تجديد عقد بينه وبين الثاني. (حاشية سحولي لفظاً) (قرير).

(*) لأنه وقع في غير ملكه؛ إذ لا ينفذ إلا بعد الفسخ.

(٤) فلا يحتاج إلى تجديد عقد الثاني.

(٥) في قوله: «رجوع وعقد».

(*) وموافق لما ذكروا في العقد الفاسد أن تجديده صحيحاً بلا فسخ.

(*) ويمكن[٢] الفرق بينهما أن يقال في الهبة: يجوز للمالك الرجوع وأخذ العين الموهوبة وإن كره المتهب، فكان عقده رجوعاً وإمضاء، بخلاف الإجارة فلا يكون فسخها إلا لعذر، ولا أخذ العين المؤجرة فافهم. (شرح فتح[٣]).

---

[١] فإذا أجازه المستأجر الأول لنفسه نفذ ولو لأكثر وبأكثر؛ لرضا المالك كما مر. (حاشية سحولي) (قرير).

[٢] وقيل: وجه الفرق أن الفسخ في الهبة على اختيار الواهب لا الموهوب له، وهنا على اختيار المستأجر. (قرير).

[٣] لفظ شرح الفتح: والصحيح الذي يأتي على القواعد الفقهية ويترتب على الأدلة النقلية أنه يفرق بين البابين، ففي الإجارة لا ينفذ وإن وقع الفسخ؛ لما ذكره الإمام، وأما الهبة فإن الفسخ لا يتوقف على إجازة الموهوب له ولا رضاه، بل إذا كانت مما يصح الرجوع فيها فإن الفسخ وقع بمجرد ابتداء العقد، فلم يتم إلا وهو في ملك الواهب؛ فصح عقده الثاني لذلك.

قال مولانا عليه السلام: ولعل مراد أبي مضر إذا عقد المالك العقد الثاني لنفسه؛ ليكون ذلك فسخاً من جهته[١]، وإجازة المستأجر متممة[٢]. فأما لو أجر[٣] عن المستأجر[٤] لم يكن تأجيره فسخاً من جهته، ولا إجازة المستأجر[٥] متممة له.

قال عليه السلام: والقياس أن يلغو[٦] عقد الثاني في هذه الصورة؛ لكونه عقد عن المستأجر ولم يجز المستأجر العقد له، بل للمالك، فلو أجازه لنفسه[٧] صحت الإجارة إن كان قد قبض، واستحق الأجرة لنفسه ولو بأكثر مما استأجره به ولأكثر مما استأجره له؛ لأن تأجير المالك كإذنه[٨]. فأما إن أجر[٩] المالك لنفسه[١٠] وأجاز المستأجر لنفسه[١١] صح العقد[١٢] إن كان بمثل ولمثل؛ لأن تأجير

---

(١) وهي صورة الكتاب.

(*) أجرت لي وأجاز لي.

(٢) للفسخ والإمضاء.

(٣) المالك.

(٤) الثانية: أجرت له وأجاز لي.

(٥) للمالك.

(٦) والأولى أن تصح مطلقاً، وتكون موقوفة على إجازة المستأجر لنفسه. (قرير).

(*) بل يبقى موقوفاً.

(٧) أو أطلق.

(*) هذه الثالثة، وصورتها: أجرت له وأجاز له.

(*) أي: المستأجر.

(٨) بأكثر أو لأكثر.

(٩) الرابعة: أجرت لي وأجاز له.

(١٠) كما لو قصد البائع الفضولي أن لا يبيع إلا عن نفسه صح ذلك.

(١١) أو أطلق.

(١٢) وهذا إذا كانت الأجرة في الذمة، أو معينة وكانت مما لا يتعين، وإلا لم تصح الإجارة للمستأجر، بل تبقى موقوفة على إجازة[١] من المتسأجر للمالك لا له. (سحولي). بل تلحق الإجازة من غير فرق بين العرض القيمي والنقد، كما يأتي في الغصب.

---

[١] شكل على لفظ «إجازة»، ووجهه: أنه إذا أجاز للمالك كان فسخاً لا إمضاء.

=

المالك هنا ليس بإذن، وأما إذا لم يكن[١] قد قبض المؤجَّر لم تصح إجارته[٢]، والإجارة[٣] باقية له[٤].

(ثم[٥]) إذا التبس[٦] المتقدم من العقدين[٧] حكم بالعين المستأجرة **(للقابض)** [٨] لها؛ لأن قبضها أمارة التقدم **(ثم)** إذا لم يكونا قد قبضا جميعاً، أو كان في أيدهما جميعاً - فإنه يرجع إلى المالك، فإن أقر بأن عقد أحدهما متقدم دون الآخر حكم **(للمقر له[٩]، وإلا)** يعلم أيهما المتقدم، ولا قبض أحدهما، ولا أقر

(*) حيث كانت الأجرة مما يتعين. وقيل: لا فرق. (قرز).

(١) المستأجر الأول.

(٢) بهما.

(٣) بالمهملة والمعجمة.

(٤) أي: للمستأجر.

(٥) العطف بـ«ثم» هنا لا يلائم كلام الأزهار أولاً؛ لأنه عطفه على قوله: «فللأول إن ترتبا» ليكون تقديره: ثم إن لم يترتبا، وليس المراد ذلك، فلا بد من تقدير: ثم إن ترتبا والتبس المتقدم إلى آخره فتأمل. (حاشية سحولي).

(٦) بعد أن علم؛ لئلا يناقض ما تقدم.

(*) وذلك في صورتين: حيث التبس المتقدم منهما مع التيقن أنهما في وقتين، أو علم ثم التبس، وأما إذا التبس هل في وقت أو وقتين بطلت كما مر. (قرز).

(*) بعد العلم بالتقدم.اهـ وأما لو علم وقوعهما في حالة واحدة أو التبس بطل ولا اشتراك، كما تقدم في شرح قوله: «وإذا عقد لاثنين».

(٧) فأيهما بيّن حكم له، ثم للقابض إلخ.

(٨) مع يمينه. (بيان) (قرز).

(*) قيل: ولو كان قبضه لها بسبب آخر: عارية أو رهن أو وديعة.

(٩) يكون القول قوله [أي: المقر له] مع يمينه ويمين المالك إن طلبت؛ لوجوب الاستفداء عليه إن نكل. (قرز). فلو نكل المالك حكم بالنكول؛ فيبطل إقراره. (قرز). [يعني: يلزمه الاستفداء. (قرز)].

المالك لأحدهما بالسبق **(اشتركا**(١)**)** وتكون العين المؤجرة بينهما نصفين، فإن كانت وتراً نحو ثلاثة أبعرة(٢) حملا جميعاً على الجمل المنفرد، ولهما الخيار في فسخ الإجارة بانكشاف الاشتراك، لا للمؤجِّر. **(إلا لمانع**(٣)**)** من الشركة، وذلك نحو أن تختلف(٤) طريقهما(٥) ويكون الشيء المؤجر وتراً كثلاثة أبعرة(٦)، بخلاف ما إذا كانت شفعاً فإنهما يقتسمانها، ولهما الخيار(٧) كما تقدم، وكذا للمؤجر هنا الخيار إذا كانت عادته أنه يسير ولا يستنيب(٨).

---

(١) بعد التحالف أو النكول. (بيان[١]) (قرر).

(٢) والمسألة مبنية على أن الإجارة متعينة في الجمال لا في الأحمال؛ لأنها لو عينت الأحمال كان على الأجير حملها على تلك الجمال وغيرها شراء أو كراء أو غيرهما[٢]. (مفتي).

(٣) وتبطل من غير فسخ. (هداية، وبيان). بل لا بد من الفسخ. (سلامي).

(٤) فلو اتحدت طريقهما إلا أن أحدهما أبعد في المسافة فإنه لا يحمل على الجمال جميعها بعد وصول صاحبه إلى بلده؛ لأن الإجارة في النصف الآخر قد بطلت. (نجري). بل تحمل للأبعد قدر حصته. (غيث) (قرر).

(٥) أو تختلف أحمالهما. (قرر).

(٦) يعني: واستوت أجرة المثل، أو اختلفت ولم يتأت الإفراز؛ إذ لو أمكن الإفراز -كأن تأتي أجرة بعير نصفاً، وأجرة بعيرين نصفاً- ولم يفت بذلك غرض كان مثل ما لو كانت شفعاً، ويأتي مثل هذا في الشفع فإن الأجرة إذا اختلفت ولم يتأت مع ذلك إفراز الأبعرة كان مثل الوتر الذي يمتنع فيه. (قرر).

(٧) فلو فسخ أحدهما ولم يفسخ الثاني لم يستعمل إلا نصفها؛ لأنه قد بطل حقه من النصف الآخر، ذكره الفقيه يوسف. (بيان). ولعل الفرق بين هذا وبين ما تقدم في البيع في قوله: «وفي العيب لمن رضي»[٣] أنه لا أرش هنا يجبره، بخلاف المعيب في البيع.

(٨) بل يثبت للمؤجر الخيار وإن كان عادته الاستنابة. (زهور). لأنه يحتاج إلى مؤنة اثنين.

---

[١] ولفظ البيان: فإن لم يقر فمن حلف منهما وامتنع الثاني حكم له، وإن حلفا أو نكلا اشتركا فيها، ولهما الخيار في الفسخ؛ لأن ذلك عيب. (بيان) (قرر).

[٢] أي: عارية.

[٣] أن هناك يلزمه جميعاً؛ لأن الأرش قد جبره. بخلاف هنا فلا أرش. (نخ).

(وللمستأجر(١) **القابض**(٢) **التأجير)** بشروط ثلاثة(٣): أحدها: أن يكون قد قبضها(٤).

الثاني: أن يؤجرها **(إلى غير المؤجر**(٥)**)** فأما ....

(١) **فـرع**: ويدخل في ذلك الأجير الخاص، فلمن استأجره أن يؤجره من غيره. (بيان)[١].
قال في شرح الفتح: إذا كان عبداً، لا حراً فلا يصح؛ لأن منافعه تحت يده فلم تقبض، بخلاف العبد.
(*) وليس له أن يشرط الضمان إن لم يشرط عليه؛ لأنه كالزيادة في الأجرة. (تهامي) (قرير).
(*) ولو فاسدة. (قرير).
(٢) لأن قبضها كقبض المبيع.
(٣) **فرع**: فلو شرط عليه المالك أن لا يكريه من غيره فسدت الإجارة، خلاف المنتخب وأبي العباس، ذكره الفقيه علي. ويتفقون أن له أن يعيره لمثل ما اكتراه له ولدونه بغير إذن مالكه. (بيان).
فرع: وإذا أكراه بزائد بغير إذن ثم تلف فقال في اللمع والتقرير: إنهما يضمنانه، وقرار الضمان على الثاني إن علم بالزيادة أو جنى، وإن لم فعلى الأول. وقال زيد بن علي والناصر عليهم السلام، والفقيهان يحيى البحيبح وعلي بن يحيى الوشلي: لا يضمنانه؛ لأن التعدي إنما وقع بزيادة الأجرة لا بإخراجه عن يده، ويكون كمن اكترى دابة ليحمل عليها مائة رطل حديداً فحمل مائة رطل خمراً، فإنه يأثم، ولا يضمنها إذا تلفت. (بيان). يقال: في مسألتنا أخرجه عن يده على وجه لم يأذن له به، وفي مسألة الخمر لم يخرجه عن يده فافترقا.اهـ وأيضاً في الخمر هو متعد في حق الله، وفي الأجرة متعد بالنظر إلى حق الآدمي، فافترقا.
(٤) قياساً على البيع، فلا يجوز قبل القبض، وقبض الرقبة في حكم قبض المنفعة. (غيث)
(٥) ولم يقل: «إلى غير المالك» لأن المؤجر قد يكون غير مالك، كالمتولي والوكيل. فلو أن الوكيل أجر وأضاف إلى من وكله بالتأجير هل يصح منه أن يستأجر العين من مستأجرها منه؛ لكون الحقوق غير متعلقة به؟ لعل الأقرب صحة ذلك؛ إذ لا مانع حيث لا تعلق به الحقوق. (حاشية سحولي لفظاً).
(*) مالك أو غيره ممن تتعلق به الحقوق. (قرير).

---

[١] سواء كان حراً أو عبداً. (سماع المتوكل على الله عليه السلام).

=

منه فلا يصح(١)، ذكره أبو طالب، وهو قول أبي حنيفة.

وقال المؤيد بالله(٢) والشافعي: بل يصح.

الثالث: أن يؤجرها **(لمثل ما اكترى(٣) وبمثله)** أي: لمثل العمل الذي استأجرها له أو دونه، وبمثل الأجرة التي استأجرها به أو بدون ذلك، هذا مذهبنا، وهو قول الهادي في الأحكام وأكثر العلماء.

وقال أبو العباس والهادي في المنتخب: لا يجوز ذلك إلا بإذن المالك مطلقاً، سواء كان بمثل أم بدون أم بأكثر، وكذا في العمل(٤).

(*) لأنه يؤدي إلى أن يكون كل واحد منهما يستحق تسليم الرقبة المؤجرة سليمة، والقيام بما يصلحها على صاحبه. (كواكب).

(١) لئلا يؤدي إلى أن يكون طالباً مطالباً.اهـ ولفظ البحر: **فرع**: الهادي والناصر وأبو حنيفة وأصحابه: وليس للمستأجر تأجيرها من المالك؛ إذ يلزم المالك بالعقد الأول تسليم العين مستمراً، والعقد الثاني يقتضي أن يتسلمها مستمراً، فيصير طالباً مطلوباً. (بلفظه).

(٢) لأنه قد ملك منافعها؛ فله أن يملكها من أحب. قلنا: يصير المالك طالباً مطلوباً، وذلك متناقض. (بستان).

(٣) وقد دخل لدون وبدون من باب الأولى.

(*) فإن شرط عليه أن لا يؤجر فسدت.اهـ قاله الفقيه علي.اهـ قال القاضي عبدالله الدواري: وفيه نظر؛ لأن جواز إجارته ليس من موجب العقد إلا مع الإطلاق، وأما مع الشرط فالشرط أملك. (ديباج).

(٤) وكذا في الأجير على العمل كالمشترك، هل يصح أن يستأجر المستأجر له على ذلك العمل كما يستأجر غيره عليه؟ هو على هذا الخلاف[١]. (كواكب). وكذا في المضارب إذا دفع المال إلى المالك مضاربة ثانية معه، وكذا في المرتهن إذا رهن الرهن مع راهنه، وكذا فيمن استعار شيئاً ليرهنه ثم رهنه مع المعير[٢]. قال الفقيه يوسف: وفي هذه التفريعات نظر؛ إذ لا علة تربط بينها وبين مسألة العين المستأجرة. (شرح بحر). ومثله في الزهور.

---

[١] يصح. (قرر).

[٢] والمذهب أنها تصح الإجارة في هذه الصورة التي ذكرها الفقيه حسن[٠].

[٠] لفظ البيان: قال الفقيه حسن: وهكذا الخلاف يأتي فيمن استأجر أجيراً على عمل ثم إن الأجير استأجره على عمله، وكذا في المضارب إلخ. قال في الهامش: والمذهب أنها تصح الخ.

قال الفقيه علي: وأما العارية(١) فجائزة من غير إذن المالك إجماعاً(٢). **(وإلا)** يكن المستأجر قد قبض، أو أراد أن يؤجر من المالك، أو لأكثر من العمل الذي استأجرها له، أو بأكثر مما استأجرها به **(فلا)** يجوز **(إلا بإذن(٣))** من المالك(٤)، أما لأكثر فذلك إجماع، وأما بأكثر فهذا مذهبنا.

وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي والمؤيد بالله: يجوز بأكثر من غير إذن، ثم

---

(١) لمثل ولدون. (*قرير*). وإلا فلا. (*قرير*).

(٢) بل خلاف داود والناصر عليه السلام.

(٣) يعود إلى قوله: «لأكثر من العمل أو بأكثر مما استأجرها به».

(*) أو إجازة. (*قرير*).

(٤) يعني: المؤجر.

(*) الإذن لا يصح إلا للتأجير لأكثر أو بأكثر[١]، فأما قبل القبض أو من المالك فلا يجوزه الإذن.

(*) لكن كيف حلت مع الإذن؟ قال في البحر: لأنه يصير كالوكيل. ثم قال في شرحه: وكأن الربح حصل للمالك ثم انتقل إلى المستأجر من جهة المالك، فلم يكن في ذلك ربح ما لم يضمن، ذكر معنى هذا في اللمع والانتصار للأخوين. قال الفقيه يوسف: وقد نظر؛ لأن الإذن لا يخرجه عن ربح ما لم يضمن.

---

[١] إذ لم يقبض المنافع بقبض الدار؛ لعدمها[٠]، فلم تكن مضمونة بالقبض، وقد نهى صلى الله عليه وآله وسلم عن ربح ما لم يضمن. (بحر[٠٠]).

[٠] صوابه: لعدم قبض الدار.

[٠٠] لفظ البحر: **فرع**: المؤيد بالله وأبو طالب: وليس له أن يؤجر بأكثر مما استأجر به إلا بإذن أو زيادة مرغب؛ إذ لا يقبض المنافع بقبض الدار الخ[أ].

[أ] يعني: أنه ليس قبضاً حقيقيّاً، بل في حكم القبض فقط؛ فلذلك لم تكن المنافع مضمونة بالقبض؛ بدليل أن المنافع لو غصبت لم يضمنها المستأجر، ذكره في شرح القاضي زيد، وإذا لم تكن المنافع مضمونة بالقبض لم تحل للمستأجر الزيادة؛ لأنها تكون ربح ما لم يضمن، وقد نهي عنه. (شرح بحر).

اختلفوا، فقال أبو حنيفة: يتصدق بالزائد(١). وقال المؤيد بالله والشافعي ومالك: يطيب له(٢).

(أو) زاد المستأجر في العين المستأجرة **(زيادة)** أمر **(مرغب(٣))** فيها كالبناء والإصلاح ثم أجرها بأكثر(٤) لأجل تلك الزيادة طابت له الزيادة(٥) وإن لم يأذن المالك(٦).

---

(١) وقال في التقرير وشرح الإبانة: إنه يرد الزائد إلى المستأجر[١]. و(قرير). هذا حيث أجر بأكثر، وأما إذا أجر لأكثر كان الزائد لمالك العين[٢]. (عامر).

(٢) لأنه قد ملك منافعها فله أن يملكها بما شاء. ووجه المنع: أن الزيادة تؤدي إلى ربح ما لم يضمن؛ لأن المنافع لو غصبت لم يضمنها المستأجر. (نجري).

(٣) إذا كانت الزيادة بغير إذن المالك، فإن كانت الزيادة بإذن المالك لم يستحق شيئاً[٣]؛ لأن له أن يرجع عليه بالغرامات. (قرير).

(*) فإن قيل: فلو كانت الرقبة مضمنة فهل يستحق الزيادة أم لا؟ الجواب: أنه لا يستحق الزيادة؛ لأنها في مقابلة المنفعة، والمنفعة غير مضمنة، والذي يدل على أنها غير مضمنة أن الدار إذا انهدمت أو غصبها غاصب سقطت الأجرة، كالمبيع إذا تلف أو غصبه غاصب، ذكره في الشرح.

(٤) لا لأكثر. (قرير).

(٥) من الاجرة، لا من العمل فلا يجوز إلا بإذن المالك. (قرير).

(٦) وأما إذا أذن المالك بالزيادة فإن كانت الغرامة منه فلا يزيد إلا بإذنه، وإن كانت من المستأجر استحق الزيادة من غير إذن المالك، إلا حيث له الرجوع على المالك فإنه يحتاج إلى إذن المالك. (قرير).

---

[١] لأن العقد غير صحيح. (شرح أثمار). ولكن يلزم منه أن يستحق على المستأجر الآخر أجرة المثل وإن زادت على المسمى.اهـ وقيل: يرد الزيادة جميعها لمالكها، وهو الظاهر. (سلامي). ومثله عن السحولي.

[٢] وفي حاشية: لا لأكثر فلا يصح إلا بإذن المالك، ولا تأثير لزيادة المرغب إلا لزيادة الأجرة. (كواكب، وغاية) (قرير).

[٣] فيما لا يمكن فصله.

قال الفقيه يوسف: وإذا انقضت مدة الإجارة فصل ما يمكن فصله[١] كالأبواب، لا ما لا يمكن فصله كالجص[٢].

(ولا يدخل عقد على عقد[٣]) فإذا كانت العين مؤجرة مدة معلومة لم يصح أن يعقد بها لأحد ولو[٤] لبعد انقضاء المدة[٥] **(أو نحوه)** وهو حيث تكون العين غير مؤجرة واستأجرها لوقت مستقبل فإن ذلك لا يصح[٦]، وهذا ظاهر قول أبي طالب والشافعي، أعني: أن عقد الإجارة على وقت مستقبل[٧] لا يصح، سواء كانت العين مؤجرة أم لا.

وقال المؤيد بالله والناصر وأبو حنيفة: بل يصح على وقت مستقبل[٨]، سواء كانت العين مؤجرة أم لا.

---

(١) وعليه أرش ما نقص من العين. (قرير).

(٢) ولا شيء له إلا أن يفعله بإذن المالك، فإن كان بإذن المالك رجع بالغرامة، ولا يستحق زيادة الأجرة.اهـ وليس له أن يؤجره بفوق إذا فعل الزيادة بإذن المالك؛ لأن قد صارت الزيادة للمالك، ويرجع الفاعل بما غرم على المالك. (قرير).

(٣) ولو من المستأجر الأول. (قرير).

(٤) الأولى: حذف «ولو».

(٥) بل المراد لبعد انقضاء المدة، وأما لو أجرها من شخص ثم من شخص آخر فقد مر في قوله: «وإذا عقد لاثنين الخ».

(٦) ووجهه: أن تعليق العقود على وقت مستقبل لا يصح، كما لو قال: بعت منك داري في أول الشهر المستقبل.

(٧) يعني: أن عقده في الحال على وقت مستقبل، وأما إذا علق العقد نفسه بمجيء وقت مستقبل لم يصح وفاقاً.

(٨) قالوا: كما لو أجر الجمل من اثنين ليركب عليه كل واحد نصف الطريق إلى موضع معين، وكما في الاستئجار على الأعمال فإنه يصح وفاقاً.

وقال في الفنون[(١)] وذكره في شرح الإبانة: إنها إن كانت مؤجرة لم يجز[(٢)]، وإلا جاز.

(إلا في الأعمال[(٣)]) فإنه يصح عقدها على وقت مستقبل، سواء كان فيه إدخال عقد على عقد أم لا[(٤)]، نحو أن يستأجره على أن يخيط هذا الثوب ثم يستأجره[(٥)] على خياطة ثوب آخر بعد ذلك الثوب، وكذا إذا استأجر الحاج ليحج هذا العام ثم استأجره غيره[(٦)] ليحج العام المستقبل، فإن ذلك كله جائز.

(غالباً[(٧)]) يحترز من الحاج إذا استؤجر بحجتين[(٨)] على أن ينشئ[(٩)] لهما

---

(١) وهذا الخلاف حيث عقد الإجارة في الحال، وأما إذا علق العقد بوقت مستقبل لم يصح وفاقاً. (بيان). نحو: إذا جاء رأس الشهر الفلاني فقد أجرت منك كذا. (حاشية سحولي).

(٢) فوافقوا في إدخال عقد على عقد.

(٣) ينظر هل الخاص مثل المشترك تصح إجارته على وقت مستقبل أم لا؟ قيل: لا يصح كالأعيان.اهـ ظاهر الكتاب الاستواء، وهو يؤخذ من علة ثبوتها في الذمة.

(*) والفرق بين المنافع والأعمال أن الأعمال تثبت في الذمة، والمنافع لا تثبت في الذمة. (تعليق ناجي).

(*) ولعله خصه الإجماع، وإلا فهو مستقبل.

(*) وذلك حيث علق العمل، لا إذا علق العقد فلا يصح، نحو أن يقول: إذا جاء رأس الشهر فقد استأجرتك تخيط لي هذا الثوب.

(٤) لأن التقييد في العمل لا في العقد.

(٥) أو غيره. (سماع).

(٦) أو هـو.

(٧) يقـال: العقد في الصورة الأولى صحيح، وإنما المانع عدم الرضا من المستأجر الأول، وليس له أن يرضى إذا كان المستأجر له ميتاً[١]. وأما الثانية فالمانع له كون المنفعة غير مقدورة شرعاً؛ فلا تظهر فائدة لـ«غالباً». (وابل معنى).

(٨) أو زيارتين، إلا أن يكونا حيين ويرضيان.

(٩) صوابه: وأراد أن ينشئ.

---

[١] إلا لعذر، كأن يعينه الموصي.

جميعاً، ولم يرض الشركاء[١]، فإن ذلك لا يصح. ويحترز أيضاً من أن يعين الحجتين[٢] في عام واحد فإن ذلك لا يصح، بخلاف سائر الأعمال.

(وما تعيب[٣]) أي: إذا انكشف أنه معيب وأراد المستأجر فسخه **(ترك فوراً[٤]) ولو خشي** ....

---

(١) مفهومه أما لو رضوا صح، وهذا يستقيم إذا كانوا مستأجرين لأنفسهم لأجل العجز، وأما لو كان الوصي أو الورثة لم يجز، وإذا فعلوا لم يصح، إلا أن يكون الأجير معيناً من الموصي وامتنع من السير إلا لهما معاً جاز [ويقدم أيهما شاء.] كما ذكروا في المقدمات.

(*) وهذا إذا حجوا لأنفسهم لعذر مأيوس، لا إذا كانوا أوصياء؛ لأن الموصي لم يرد تشريك السير. (كواكب)

(*) يعني: الموصين.

(٢) وكذا العمرتين.

(*) وأما من أوصى بحجة وزيارة كاملتين فالأقرب أنه يصح أن يستأجر لهما كليهما رجل واحد وينشئ لهما جميعاً في سفر واحد للعرف بذلك، وأما من أوصى بزيارة تامة فقط فاستؤجر لها من يريد الحج عن نفسه أو عن غيره ففي صحة إنشائه لهما معاً في سفر واحد نظر. والأقرب الصحة؛ للعرف بذلك. (بهران). وأما الزيارتان إذا استؤجر لهما فتكونان كالحجتين فيستأجر لهما حاجين.اهـ ولفظ البيان في الحج: قال السيد يحيى بن الحسين: وكذا فيمن استأجره اثنان لزيارة قبر النبي صلى الله عليه وآله وسلم فليس له جمعهما في سفر واحد، إلا أن يأذنا له بذلك.

(٣) ولو مع المستأجر، ولو قبل القبض، ولو بفعله؛ لأنه يجب تسليمها جميع المدة على ما اقتضاه العقد. (قرير).

(*) أو حدث.

(٤) المراد بالفور ترك الاستعمال. وإلا ففسخ المعيب على التراخي. ولا بد من الفسخ، وإنما الترك لسقوط الأجرة مع الاستعمال، وإلا كان رضا.

(*) ولا بد من الفسخ. (قرير).

(*) وهل يشترط في فسخ العين المؤجرة للعيب أن يكون الفسخ في وجه المالك أو علمه بكتاب أو

=

تلف ماله[١]**)** نحو أن يكون في سفينة ولا يجد غيرها إلا لنفسه، فإنه إذا فسخها ألقى ماله ونجا بنفسه، وكذا لو كانت دابة وهو يخشى تلف المال إن لم يحمله عليها فإنه يلقي حمله[٢].

(لا) لو استأجر الدابة أو السفينة لركوبه فانكشف بها أو حدث بها عيب، وخشي تلف **(نفسه**[٣]**)** إن تركها صح له الفسخ مع ركوبها، فيستحق المالك

رسول كما في المبيع المعيب أم لا؟ في حاشية عن تعليق الفقيه علي: ولا بد أن يكون الفسخ بالأعذار ونحوها في وجه الآخر أو علمه [بكتاب أو رسول] ولو على التراخي. وقولهم في الجحد في الفاسدة: أن يكون في وجه المستأجر؛ لأنه فسخ – يدل على ذلك. وإذا قلنا: لا بد من وجهه أو علمه فما حكم العين في يد المستأجر بعد الفسخ في لزوم الأجرة لمدة بقائها تحت يده؟ وهل يفرق بين أن يتمكن من الرد إلى المالك أو رفعها إلى الحاكم وبين عدم التمكن؟ ينظر. (حاشية سحولي). عن السيد أحمد الشامي: لا تلزم الأجرة مع عدم الاستعمال. (قرر).

(*) ويرد للمالك مع الفسخ[١] حيث بقي له نفع، وقيل: لا يجب الرد.اهـ إن أريد أنه لا يجب الرد رأساً فلا يسلَّم، وإن أريد أنه لا يجب الرد إلى موضع الابتداء -لأنه معيب- وإنما يجب حيث أمكن فصحيح. (إملاء سيدنا الحسن بن أحمد الشبيبي رحمه الله) (قرر).

(١) غير المجحف.

(٢) وأما إذا كان راكباً فلا أجرة عليه للرجوع بها راكباً؛ لجري العادة بذلك، ولا يكون رضا بالعيب، ذكره أبو جعفر والفقيهان محمد بن سليمان ويحيى بن أحمد. (بيان) (قرر).

(٣) لا الضرر.

(*) ومال الغير مطلقاً، وماله إن كان مجحفاً. (قرر). والحيوان غير المأكول. (بيان). وأما المأكول فيذبحه ويلقيه. (قرر). وإلا كان رضا. (قرر).

(*) وكذا يكون الحكم في المبيع المعيب إذا خشي على نفسه، واستعمله. (زهور) (قرر).

---

[١] ولا يكفي الترك[٠] حيث لم يبطل نفعها بالكلية، والفسخ على التراخي حيث لم يستعمل، وإلا بطل بالاستعمال. (قرر).

[٠] والترك كاف حيث لم يبق له نفع. (قرر).

أجرتها معيبة(١) من الابتداء(٢) إن كان العيب قديماً(٣)، وإن كان حادثاً فمن يوم حدوثه، ولما قبل حدوثه حصته من المسمى **(وإلا)** يتركه فوراً عند الاطلاع على العيب **(كان)** الاستعمال **(رضاً(٤))**.

وقال القاضي يوسف(٥): لا يجب عليه إلقاء الحمل(٦) إذا خشي تلف المال،

---

(١) وهذا مع الفسخ، وإلا لزم المسمى. (قرير).

(*) والمذهب أنه يستحق ما بين أجرتها صحيحة ومعيبة منسوباً من المسمى، فما بينهما حط بقدره من المسمى. مثاله: لو كان أجرته صحيحاً عشرة ومعيباً خمسة، والمسمى ستة عشر - فإنه يلزمه نصف المسمى، وعلى هذا فقس. (صعيتري، ورياض).

(٢) منسوب من المسمى. (قرير).

(٣) قال سيدنا: ويكفي في معرفة أرش العيب أن ينظر في أجرتها معيبة وسليمة من العيب، وما بينهما حط بقدره من الأجرة المسماة، مثاله: لو كانت أجرتها معيبة عشرين وصحيحة ثلاثين، والأجرة المسماة ستون - حُط عشرون لأجل العيب، وإن كان ظاهر الشرح أنه يستحق أجرة المثل معيبة، لكن يلزم لو كان أجرة المثل أكثر من المسمى أن يستحقها المالك مع الفسخ، فيكون فيه حيف ونقض لغرض الفاسخ. (زهور، وصعيتري).

(*) مع عدم علم المستأجر به، وإلا كان رضا. (قرير).

(٤) ويلزمه المسمى.

(*) وفي المعيار: له الفسخ ما دام العيب باقياً. ومثله في البيان في انهدام بعض الدار[١]، فينظر، وهو الأولى، خلاف ما في الفتح، فقال: لا يصح الفسخ بعد ذلك الرضا، وتلزمه الأجرة جميعاً.

(*) وإذا تركها حفظها له ما لم يكن الحفظ رضاً.

(٥) وهو شيخ القاضي زيد، وخطيب السيدين، قال: قرأت على أبي طالب ست عشرة سنة فما وجدته تبسم ضاحكاً، [وقال: صحبت المؤيد بالله ست عشرة سنة فلم أره يضحك قط، بل ربما تبسم قليلاً. (من الترجمان)].

(٦) قال الفقيه يحيى البحيبح: وهو ضعيف؛ لأنه لا يحفظ[٢] ماله بتلف مال غيره. (زهور). في بعض النسخ: لا يجوز.

---

[١] قال شيخنا: القياس البطلان هنا، والفرق بينها وبين خراب البعض أن منافع البعض تالفة فله الفسخ، بخلاف العيب فقد رضي. (مفتي).

[٢] صح في نسخة عن الزهور عن المصنف «لا يحفظ»، وجدته على «يجب»، وهو أحسن. (شامي).

[*] في الغيث: لا يجب عليه أن يحفظ.

ولا يكون حمله عليها[١] رضا؛ لأن في ذلك إضاعة مال، ولكن تجب عليه أجرة المثل. **(ومنه نقصان ماء[٢] الأرض[٣] الناقص للزرع[٤])** أي: ومن العيب الذي تفسخ به الإجارة أن يستأجر أرضاً للزراعة مدة معلومة ثم يتناقص ماؤها بعد ما زرع حتى أثر في نقصان الزرع، ولم يبطل الزرع بالكلية - فإن نقصان الماء يكون عيباً، فإن شاء المستأجر الفسخ قلع زرعه[٥] ولزمه أجرة ما مضى من المدة، فإن لم يقلع كان رضا بالعيب ولزمه المسمى[٦].

قال عليه السلام: ويلزم أن يأتي خلاف القاضي يوسف؛ لأنه لا يمكنه الفسخ إلا

---

(١) مطلقاً: سواء كان مجحفاً أم لا، مأكولاً أو غير مأكول. (سماع).

(٢) أو تزايده. (قررو).

(*) أو التراب.

(*) **فائدة**: لو استأجر أرضاً ولا حق لها من مسيل ولا غيل فإنه لا يصح استئجارها للزرع والغرس؛ إذ لا يمكن من دونه، فإن كفاها وقع المطر لم يصح؛ لعدم استمراره. (ديباج).

(٣) قال الفقيه محمد بن سليمان: فإن يبس الزرع لآفة دون الأرض لم يكن ذلك عذراً في فسخ الإجارة، ووجبت جميع الأجرة، إلا أن يعرف أنه إذا زرع مرة أخرى لم يتم الزرع في باقي المدة كان ذلك عذراً في الفسخ. (شرح أثمار). المختار أنه عذر، كما قرره المشائخ. (إملاء شامي) (قررو).

(*) **فائدة**: إذا أراد المؤجر استحقاق الأجرة انقطع الماء والمطر أو لم ينقطع فإنه يقول: أجرتها منك أرضاً بيضاء لما شئت، انقطع الماء عنها أو لم ينقطع، مدة معلومة، بأجرة معلومة. (ديباج و(قررو).

(*) وكذا نقصان تراب الأرض باجتياح السيل لها أو نحو ذلك. (حاشية سحولي). وكذا تخريق الفئران عيب في الأرض. (وابل معنى) (قررو).

(٤) وكل آفة سماوية. [كالجراد، والضريب، والبرد وغيره. (قررو)].

(*) لا ما يصيب الأرض من ضريب ونحوه، لأن الأرض لا تنقص بذلك.

(*) والشجر والثمر. (قررو).

(٥) ولا أرش. (قررو).

(٦) ولو انفسخ بعد ذلك بعيب آخر.

بقلع الزرع وإتلافه، وذلك يشبه إلقاء الحمل في مفازة

(لا) النقصان **(المبطل له)** أي: المبطل لجميع الزرع **(أو لبعضه فتسقط**(١)**)** الأجرة **(كلها**(٢)**)** حيث بطل كله؛ لبطلان النفع بالعين المستأجرة **(أو)** بطل بنقصان الماء بعض الزرع سقط **(بحصته)** من الأجرة، وعلى الجملة(٣) ففي المسألة أربع صور: الأولى: أن يتناقص(٤) فيستمر(٥) على الزراعة، أو يبتدئها(٦) وهو يجري على جميع الأرض(٧) -فنقصانه عيب، واستمراره رضا، فيجب عليه جميع الأجرة(٨).

الثانية: أن ينقطع جميعه في بعض المدة، فإن الأجرة تجب إلى وقت الانقطاع(٩)، ولا يجب لما بعده شيء.

---

(١) ولا يحتاج إلى فسخ.

(٢) بالنظر إلى الأجرة، فتسقط كلها إذا بطل كله، وأما الإجارة فإن كانت قبل القبض بطلت، وإن كانت بعد القبض لم تبطل إلا بالفسخ، فإذا لم يفسخ وعاد الماء بقيت الإجارة. (قررو).

(٣) تفصيل في هذه وفي الأولى.

(٤) بعد أن زرع.

(٥) الزراع.

(٦) الزارع بعد ما نقص الماء. (أثمار).

(٧) فتناقص وهو جاهل لذلك. (قررو).

(٨) وله الخيار بعد ذلك. (معيار).

(*) ولا يصح منه الفسخ بعد ذلك. (حاشية سحولي).

(٩) حيث قد مضى ما فيه غرض بالزرع ولو للعلف. (كواكب). وقال الفقيه يحيى البحيبح: المراد حيث قد زرع فيما مضى من المدة ما ينتفع به وحصده. (قررو).

(*) وكذا إذا أصاب الزرع آفة أهلكته وجب كراء ما مضى[١] من المدة، وما بقي من المدة ينظر فيه: إن كان يمكنه أن يزرع ما اكتراها له لزمه الكراء لما بقي، ولا خيار له، وإن كان يمكنه يزرع فيه ما يصلح للعلف فقط خير بين الرضا والفسخ، وإذا رضي سلم كراء ما بقي من المدة، وإن كان لا يصلح لشيء فلا شيء عليه فيه. (بيان).

---

[١] حيث قد حصل شيء من المقصود. (قررو).

=

قال الفقيه يحيى البحيبح: إلا أن يترك الزرع يابساً(١) ولا يقلعه، كما لو ألقى أحمالاً في أرض الغير.

الثالثة: أن يجري إلى بعض الأرض وينقطع عن باقيها(٢)، فإنها تجب الأجرة للذي جرى عليه، لا للباقي(٣).

الرابعة: أن يكون يجري إلى جميع الأرض وفيه تناقص، فسقى به البعض وقصره عليه، قال الفقيه محمد بن سليمان: فإن قصره(٤) برضا المؤجر(٥) لم يكن

(*) هذا بناء على أنه قد حصل زرع[١] ما ينتفع به في تلك المدة. (شرح أثمار).

(*)قال الفقيه يحيى البحيبح: المراد حيث قد زرع فيما مضى من المدة ما ينتفع به وحصده، لا إن لم يزرع؛ لأن الأجرة لا تلزم إلا فيما انتفع به أو يمكن الانتفاع. (تعليق ابن مفتاح)[٢]. وفي تعليق المذحجي: إذا كان قد زرعها مرة وحصدها وبطلت الزراعة الثانية قبل الحصاد.

(١) حيث لمثله أجرة. (كواكب معنى). وهي أجرة المثل يابساً؛ إذ قد بطلت[٣]. وقيل: المسمى. يقال: قد بطل النفع بالكلية كالهدم، فلا يلزم إلا أجرة المثل لبقائه يابساً. [لعله عن المفتي].

(٢) ويثبت الخيار في الباقي[٤]. (قرير).

(٣) كما لو خرب منزل من الدار سقطت أجرته، ويثبت الخيار في الباقي. (زهور معنى).

(٤) على البعض.

(٥) حيث رضي بقصره وبقسطه من الأجرة، لا بقصره فقط؛ إذ لا يقتضي الرضا بقسطه. (غشم). وقيل: لا فرق؛ إذ قد رضي بقصره.

---

[١] وحصد. (قرير).

[٢] فإذا لم يمض من المدة ما يمكن فيه الزرع وحصاده فلا شيء. (تعليق ابن مفتاح). قال في الصعيتري: وصورة المسألة: أن يستأجر أرضاً تصلح لثلاث ثمار في سنة واحدة، فتصلح في ثمرة وينقطع في غيرها من تلك السنة.

[*] وهو ظاهر الأزهار في قوله: «وتسقط في الصحيحة بترك المقصود».

[٣] إذا كان قبل القبض فتبطل مطلقاً. (قرير). أو بعده مع الفسخ. (قرير).

[٤] وهو الذي جرى عليه الماء. (بيان). رضي أم فسخ. (زهور) (قرير).

رضاً بالعيب(١)، ولزمه القسط من الأجرة، وإن لم يكن برضاه كان رضا بالعيب، ولزمه جميع الأجرة(٢). ولا فرق بين ماء السماء وغيره في أن انقطاعه يبطل الأجرة، ونقصانه الذي ينقص الزرع عيب(٣) حسب ما مر.

(وإذا) استأجر رجل أرضاً مدة معلومة ليزرعها أو ليغرس فيها و**(انقضت(٤))** تلك **(المدة ولَمَّا يحصد الزرع(٥))** أي: لما يبلغ حد الحصاد، أو

---

(١) ويؤخذ من هذا أن معالجة المعيب برضا المالك لا يكون رضا في المبيع وغيره. (بيان).
[وقد تقدم صريح مثل هذا في قوله في فصل المعيب: «أو عالجه» قال المحشي: ما لم يكن بإذن البائع].

(٢) إن لم يفسخ.

(٣) ولا يقال: إن صاحب الأرض لا يقدر عليه، وإن المستأجر حين استأجر كان عالماً الحال فكأنه راضٍ به؛ لأنا نقول: إن المؤاجرة على هذا الوجه تكون مصادرة[١]؛ لأن الأجرة إنما تستحق في الإجارة الفاسدة بالانتفاع، وفي الصحيحة بالتمكن من الانتفاع، فإذا لم يكن شيء من ذلك فإيجاب الأجرة ظلم وعدوان. (غيث).

(*) لأنه مع عدم الماء لم يحصل التسليم صحيحاً بحيث يمكن الانتفاع به، فلا يجب الكراء، ومع نقصانه يكون عيباً يوجب الخيار. (بيان).

(٤) **فائدة**: إذا استأجر أرضاً للزراعة فمضى شهر وهي لا تصلح للزراعة، ثم فسخت الإجارة بوجه من الوجوه -وجبت أجرة ذلك الشهر؛ لأنه شغل عليه أرضه بالعقد. وقال أبو مضر: لا تجب، كما لو استأجر ما لم ينتفع به. (تعليق من حواشي المفتي). فأما لو كانت تصلح للزراعة وتركه تفريطاً وجبت أجرة الشهر. (إملاء سيدنا علي بن أحمد رحمه الله) (قرير).

(٥) **مسألة**: إذا حمل السيل تراب أرض لرجل إلى أرض رجل غيره فعلى مالكه[٢] رفعه [بما لا يجحف. (قرير)]، وكذا أجرة وقوفه في أرض الغير على قول المؤيد بالله، لا على قول الهدوية فلا تلزمه الأجرة[٣]؛ لأنه بغير فعله.

---

[١] المصادرة: الظلم. (زهور).

[٢] وإذا دخل الماء المملوك أرض الغير بغير اختيار مالكه وجبت إزالته على مالكه، لكن إذا كان يضر بالأرض إزالته وبقاؤه معاً ماذا يكون؟ الظاهر أنه لا يجب على المالك أرش ما نقص من الأرض إذا لم يرض مالك الأرض ببقائه، فإن رضي ببقائه لم يكن لصاحب الماء رفعه، ولا أجرة عليه للأرض، ولا يضمن مالكها الماء لمالكه، هكذا اقتضاه النظر. (مقصد حسن) (قرير).

[٣] إلا أن يكون بسبب متعدى فيه. (سماع شامي). أو بعد المطالبة بالرفع فلم يفعل، كما في شرح الأزهار في باب ما أخرجت الأرض في قوله: «وإن لم يبذر».

=

ثمره حد الإيناع، أو استأجر سفينة ليعبر عليها فانقضت المدة **(و)**لما **(ينقطع البحر)** وكان تأخر الزرع والسفينة **(بلا تفريط**(١)**)** منه **(بُقِّيَ)** الزرع والثمار وما في السفينة الجميع **(بالأجرة**(٢)**)** يعني: أجرة المثل(٣). فإن قصر الزارع - كأن

فـرع: فلو نبت فيه زرع بغير إنبات كان لمالك التراب إن كان التراب كثيراً[١] بحيث يتم الزرع به وحده، وإن كان قليلاً لا حكم له في الزرع كان لمالك الأرض[٢]، وإن كان متوسطاً يتم الزرع به وبالأرض كان لمالكهما معاً، ذكر ذلك المؤيد بالله. (بيان).

فـرع: فإن اختلط التراب النازل بتراب الأرض اقتسما ما التبس بالتراضي[٣]؛ لأنه بغير فعل فاعل، فلو كان أحدهما وقفاً صار الكل لبيت المال[٤] إلا ما عرف أنه ليس فيه شيء من الوقف. (بيان بلفظه).

(١) يؤثر في نقصانها. (قرير).

(*) بل لكثرة الماء أو قلته.

(٢) وظاهر هذا أنه لا يحتاج إلى تجديد عقد. (قرير).

(*) يعني: بعقد جديد، بأجرة المثل. قال الفقيه محمد بن يحيى: والنظر في فائدة العقد؛ إذ الواجب هو أجرة المثل. وهنا مزيد فائدة، وهو أن يقال: إذا قلع الزرع ونحوه هل يجب له أرش ما نقص بالقلع إذا قلع بعد انقضاء المدة؟ فقال القاضي زيد: لا يجب، وهو المصحح للمذهب. وقال أبو طالب: بل يجب كالعارية المطلقة، فإذا قلعها المكتري استحق الأرش. (نجري).

(٣) وكذا إذا أخر البذر لكثرة الماء أو نحوه لم يكن تفريطاً. (بيان معنى) (قرير).

---

[١] وعليه أجرة وقوف التراب في أرض الغير، وتكون الأجرة أجرة تراب زارع. (سماع مفتي) (قرير).

[٢] وقياس ما تقدم لأصحابنا في الأغصان أنها لمالك التراب. فينظر. وهذا في الزرع، ويمكن أن يفرق بين الأغصان والتراب بأن الزرع تتصل عروقه إلى أسفل الأرض والتراب المحمول، بخلاف الأوراق فإنه ليس لها من أصول الشجر اتصال، وإنما اتصلت بالأغصان. (سماع شامي).

[٣] إن حصل التراضي، وإلا فنصفان، ومن ادعى الزيادة فالبينة عليه. (قرير).

[٤] يعني: التراب الملتبس، وما تحته من الأرض حق لمالكها، فيرفع ولي بيت المال ذلك التراب، ويبقى ما تحته لصاحبه كما كان. (مفتي) (قرير).

=

يستأجر مدة ثم يزرع بعد مضي جزء منها وبقي ما لا يتأتى للزرع، أو يستأجر مدة يسيرة لا تتسع(١) للزرع - فإن المالك بالخيار بين أن يأمره بالقلع أو يعقد إجارة ثانية بما شاء المالك(٢). وأما مسألة الغروس فإن لم تكن عليها ثمار أمر بالقلع(٣)، وإن كان عليها ثمار فكما تقدم(٤) في الزرع. وأما مسألة السفينة فإن كان فيها نفوس غير مأكولة، أو مأكولة(٥) على الصحيح من المذهب(٦)، أو أموال لغير المكتري(٧) -تركت بأجرة المثل، وكذا يترك للمكتري من أمواله بأجرة المثل ما

(*) حتماً[١] وإن لم يرض المالك؛ إذ هو على جهة اللزوم. (قرر).

(١) وهو يتأتى في مثلها للعلف، وإلا فلا أجرة.

(*) وهو يأتي لمثلها أجرة، وإلا فهي باطلة. (قرر).

(٢) إن رضي المستأجر ببقاء الزرع. (شرح فتح معنى).

(*) فإن لم يعقد صحيحاً استحق أجرة المثل. (قرر).

(٣) لأنه لا حد له ينتهي إليه.

(*) وعليه تسوية الأرض، فيردها كما استأجرها. (بحر). هذا على أحد قولي البحر الذي يأتي في العارية، والصحيح أنه لا تجب التسوية إلا لعرف. (عامر) (قرر).

(*) أو يضرب عليها من الأجرة ما يشاء. (قرر).

(٤) لأنه قد قصر.

(٥) حيث كانت لغير المكتري. (قرر). ولم يحضر مالكها.

(٦) وفيه نظر. في بعض الحواشي: ووجهه أن تخليص مال الغير واجب، فإذا لم يتمكن إلا بالذبح وجب؛ لأن ذبح الحيوان المأكول قد جاز للمباح -وهو الأكل- فبالأولى للواجب، وهو تخليص مال الغير. (صعيتري). وهو قياس ما يأتي في الغصب، والمذهب في المأكول أن المالك للسفينة مخير بين أن يضرب عليه ما يشاء وإلا ذبحها مالكها وألقاها في البحر كما في الغصب. (بيان، وصعيتري) (قرر).

(٧) مطلقاً.

(*) فإن أمكن التحيل في إخراجها وجب، وإن لم يمكن بقيت بأجرة المثل. (بيان).

---

[١] لقوله ﷺ: ((لا ضرر ولا ضرار في الإسلام)).

يأمن معه الإجحاف، والزائد عليه يخير المالك للسفينة بين أن يعقد عليه بما شاء[١] وبين أن يلقيه[٢].

---

(١) إن عقد، وإلا فلا يلزم إلا أجرة المثل مع عدم العقد. و(قرير).

(٢) قلنا: هذا إذا قصر، وأما إذا لم يقصر فالقياس أن يبقى بالأجرة، [يعني: أجرة المثل] كالزرع؛ لأن له حداً ينتهي إليه. (غيث).

(*) بعد تمرد المالك، ويرجع عليه بالأجرة.

(فصل): في أحكام إجارة الحيوان

(وإذا اكترى) البعير أو الدابة **(للحمل)** عليه إلى جهة معينة **(فعين المحمول**[(١)]**)** بأن قال: «استأجرتك على أن تحمل لي هذا إلى جهة كذا» ثبتت خمسة أحكام[(٢)]: الأول: أنه إذا عين المحمول **(ضمن)** أي: ضمنه الحامل له[(٣)] **(إلا من)** الأمر

---

(١) ولو آدمياً.

(*) بالمشاهدة، أو وصف ينضبط. و(قرر). أو مما يتعين كالمبيع. و(قرر).

(*) واعلم أنه إذا عين الحامل فقط فلا بد من أن يكون موجوداً في ملك المكري؛ لأن المؤجر كالبائع، وأما المكتري فلا يلزم أن يكون المحمول موجوداً في ملكه إذا لم يعينه. وأما إذا عين المحمول فقط فلا بد أن يكون موجوداً في ملك المكتري، وإلا لم تصح الإجارة؛ لأن العمل لا يمكن تسليمه عقيب العقد، وكذا سائر ما يصنع إذا عين فلا بد أن يكون في ملك المستأجر. (غيث). وإن عينا معاً فلا حكم لتعيين الحامل، فلا يشترط وجوده في الملك حال العقد. (نجري) (قرر).

(*) بالمشاهدة، أو الوصف[١]، إلا في الراكب فلا يكفي الوصف، ذكر ذلك في مهذب الشافعي. (نجري). وفي البحر: يكفي الوصف في الراكب. ويعين كونه ذكراً أو أنثى. اهـ ولفظ البحر: **مسألة**: ويجب تعيين الراكب بالمشاهدة أو الوصف إلخ. إن انضبط بذلك. (قرر).

(*) ولو آدمياً، بإشارة، أو وصف إذا انضبط به. (قرر).

(٢) والسادس: أن يكون المحمول في ملك المستأجر. (بيان). أو في ملك غيره وأجاز. (بيان). إن عين الحامل فقط. اهـ وكذا إن عين المحمول وحده أيضاً. اهـ وإن عينا معاً فلا حكم لتعيين الحامل كما مر، فلا يشترط وجوده في الملك حالة العقد. والتعيين يكون بالمشاهدة أو الوصف، إلا في الراكب[٢] فلا يكفي الوصف إلا أن ينضبط. و(قرر).

(٣) إذا كانت اليد له. (قرر).

(*) إلا لشرط أو عرف المكتري. (قرر).

(*) ووجه الضمان كونه أجيراً مشتركاً. (قرر).

---

[١] أو بما يعينه كالمبيع. [بمثل ما يعينه للبيع. (نخ)].

[٢] ويبين كونه ذكراً أو أنثى.

(الغالب[(١)]) وإذا عين المحمول فلا فرق في ثبوت هذه الأحكام بين أن يعين الحامل أيضاً أو لا[(٢)] على ما ذكره أبو العباس وأبو طالب لمذهب الهادي عليه السلام.

(و)الحكم الثاني: أنه إذا عين المحمول فتلف الحامل **(لزم)** المكري **(إبدال حامله[(٣)] إن تلف[(٤)])** ذلك الحامل، وكذا يفعل وكيله بإكرائها[(٥)]؛ لأن الحقوق تعلق به[(٦)].

---

(١) ما لم يضمن. (قرير).

(٢) ولا فرق بين أن يكون المحمول متقدماً أو متأخراً.

(*) هذا قول الهدوية: إنه لا حكم لتعيين الحامل.

(٣) فلو لم يجد حاملاً قط لم يلزمه أن يحمله بنفسه إلا أن يكون يعتاد الحمل بنفسه. (قرير).

(*) وله إبداله وإن لم يتلف، بما لا مضرة فيه على الأحمال. (بيان معنى) (قرير).

(*) يعني: الجمل، وهو الراحلة.

(٤) أو تعيب. (قرير).

(*) فالتلف شرط في اللزوم، وأما الجواز فيجوز الإبدال سواء كانت باقية أم لا، كما أفهمته عبارة البيان، ولم يذكر في الأزهار إلا مسألة اللزوم وشرطه.

(٥) إذا كان مفوضاً، أو مأذوناً بتعيين الأحمال. (قرير).

(٦) حيث لم يضف لفظاً. (قرير).

(*) قيل: وإذا كان الموكل معسراً لزم الوكيل، ويرجع على الموكل[١]. (نجري). ومثله في الوابل. وليس للوكيل أن يؤجر مع تعيين[٢] المحمول إلا مفوضاً، أو مأذوناً، أو جرى عرف. (قرير).

---

[١] حيث لم يفرط، ولم يكن أجيراً للمستأجر. (قرير).

[*] ولفظ البيان: **مسألة**: وإذا وكل غيره أن يكري جماله لم يكن للوكيل أن يعين الأحمال؛ لئلا تلزمه الأحكام التي تقدمت، فإن عينها كان حملها عليه، فلو حملها على جمال الموكل كان غاصباً لها[٠]، إلا أن يكون الموكل أذن له بتعيين الأحمال أو فوضه [أو جرى عرف] فله تعيينها، ثم إذا تلفت الجمال لزمه إبدالها بشراء أو كراء، من مال الموكل، أو من ماله ويرجع على الموكل[٠٠]. (بيان).

[٠] وله المسمى. (بستان). وللحامل أجرة المثل. قلت: لاستيفاء العمل. وهل يتصدق بما زاد على أجرة المثل وأجرة سيره؛ لأنه ملكه من وجه محظور؟ قلت: القياس أنه يطيب له؛ لأن الغصب منفصل عن العقد. (سماع سحولي) (قرير).

[٠٠] حيث لم يفرط ولم يكن أجيراً للمستأجر. (قرير).

[٢] لئلا تلزم الأحكام التي تقدمت.

نعم، ومن حق البدل أن يحمل المحمول على الصفة التي كان يحمله عليها التالف **(بلا تفويت غرض**(١)**)** على المالك، فلو أبدل حاملاً يحمل دفعات والأول كان يحمله دفعة لم يلزمه قبوله(٢)؛ لأن فيه تفويت غرض.

(و)الحكم الثالث: أنه يلزم المكري **(السير معه**(٣)**)** لأن العرف جار بذلك؛ ولأنه في ضمانه، فليس له أن يستنيب(٤).

(و)الحكم الرابع: أن المكتري(٥) **(لا يحمل)** المكري(٦) **(غيره**(٧)**)** أي: غير

---

(١) وذلك حيث تعينا، أي: الحامل والمحمول، وأما لو لم يتعين إلا المحمول فقط [لزمه إبداله، وسواء فوت غرضاً[١] أم لا] فلا يقال: فوت الغرض؛ إذ لم يكن عليه إلا مجرد الحمل والإيصال، ما لم يؤد إلى ضرر على المستأجر أو مشقة، كأن يحتاج إلى غرائر واسعة[٢]، أو يكون سليطاً مثلاً في إناء فيطلب الأجير تفريغه في أوعية فيتلف بعضه، أو لا يوجد، أو نحو ذلك. (شرح فتح). وظاهر الأزهار خلافه.

(٢) والعكس.

(٣) إلا لشرط أو عرف.

(*) قال في البيان: لأنه أجير مشترك. اهـ وإذا كان أجيراً مشتركاً كانت له الاستنابة إلا لشرط أو عرف، والضمان عليه[٣]. (قرير). وتبطل الإجارة بتلف المحمول. (قرير).

(٤) بل له ذلك. (قرير). كالأجير المشترك[٤]. (قرير). والضمان عليه. (قرير).

(٥) لا وجه للاختصاص، فليس للمكتري ولا للمكري أن يحمل غيره. (شرح فتح معنى).

(٦) الأولى حذف «المكري»، وقد حذفها في كثير من النسخ؛ إذ معناها لا يفهم. (سماع).

(٧) ولو دونه. (حاشية سحولي). وينظر في الفرق بين هذا وبين ما تقدم في قوله: «ويجوز فعل الأقل ضراً» إلخ. قيل: لأنه عين المحمول هنا فأشبه المبيع. وعن المفتي[٥] ما لفظه: المراد ليس له ذلك، فإن فعل لم يضمن إذا خالف إلى مثل ذلك قدراً وصفة. إن قيل: إذا لم يكن له ذلك فهو متعد، فالقياس الضمان، بخلاف ما إذا تعينت الإجارة في الحيوان. (شامي).

---

[١] وظاهر الأزهار خلافه.

[٢] ويخير ين الفسخ والرضا.

[٣] بحاله. (نخ).

[٤] إلا لشرط أو عرف. (قرير).

[٥] وقيل: الفرق أن الأرض قد ملك المستأجر كل المنافع، فله أن يزرع غير ما عين، بخلاف هنا فإن الإجارة على حمل ليس له أن يحمل غيره. (مفتي) و(قرير).

=

الحمل الذي عينه.

(و)الحكم الخامس(١): أنه **(إذا امتنع المكتري(٢))** أن يحمل ما عين في العقد **(ولا حاكم)** يجبره(٣) **(فلا أجرة(٤))** يستحقها المكري.

(والعكس إن عين الحامل وحده(٥)) وهو إذا قال: «استأجرت منك هذا البعير على أن تحمل لي عليه عشرة أرطال حديداً من كذا إلى كذا» فلا يضمن المكري الحمل إن تلف، وإذا تلف الحامل لم يلزمه إبداله(٦)، وللمكتري أن يحمل غير الحمل الذي ذكره إذا كان مثله أو دونه، وإذا امتنع المكتري وخلي له الحامل تخلية صحيحة لزمته(٧) الأجرة، ولا يلزم المكري السير ....

(*) وإذا تلف بطلت.

(١) وألحق سادس، وهو أجرة الدليل للطريق تكون على المكري إن عين المحمول، وعلى المالك إن عين الحامل وحده[١].

(*) **فائدة**: إذ فر المؤجر بجماله فللحاكم أن يستأجر من ماله كقضاء دينه، وأن يقرضه من بيت المال أو غيره ويرجع عليه؛ للولاية، فإن تعذر خير المستأجر بين الفسخ للعذر -كلو أفلس المشتري والسلعة باقية- وبين أن ينتظر الظفر به فيلزمه. (بحر) (قرير).

(٢) لغير عذر.

(٣) على التحميل.

(*) وإذا امتنع الجمال أجبر، وإذا امتنع المكتري استحق الجمال الأجرة مع التخلية.

(٤) لأن الإجارة وقعت على عمل ولم يحصل، والتمكين هنا لا يكفي، إنما يكفي في الأعيان.

(٥) ويشترط كون الحامل موجوداً في الملك. (قرير).

(٦) كتلف المبيع.

(٧) مع حضور المكتري. (حاشية سحولي). لا لو فر فلا شيء له[٢]. (قرير).

---

[١] ولفظ البيان: **فرع**: وأجرة الدليل على المكري[٠] إن تعينت الإجارة في الأحمال، وإن تعينت في الجمال فعلى[٠٠] المكتري. (بيان).

[٠] إلا لشرط أو عرف. (قرير).

[٠٠] لأنه لا يجب على صاحب الجمال السير. اهـ قلت: ولو لزمه السير معها. (مفتي) (قرير).

[٢] ولفظ البيان: **فرع**: فإن فر المكتري ولم يعارضه المكري بجمله لم تجب الأجرة، بخلاف مكتري الدار ونحوها إذا فرغها حتى مضت المدة فإنها تجب أجرتها؛ لأن المعارضة بها لا تمكن. (بيان بلفظه).

(إلا لشرط[(١)] **أو عرف في السوق)** أي: شرط على نفسه[(٢)] السير أو هو يعتاد السير مع دوابه فإنه يجب عليه السير **(فيتبعه ضمان**[(٣)] **الحمل)** أي: يتبع وجوب السير ضمان الحمل[(٤)]، فيضمنه إن تلف إذا كانت اليد له[(٥)].

(و)إذا حمل المستأجر على البهيمة غير الحمل الذي ذكره للمؤجر أو سلك بها غير الطريق الذي ذكره له فإنه **(لا يضمن بالمخالفة**[(٦)]**)** إذا خالفه **(إلى مثل الحمل أو)** مثل **(المسافة قدراً وصفة)** فالقدر في الحمل أن يكون وزنه كوزنه،

---

(١) **فائدة**: وهي أنه يجب على المكري إشالة الحمل وحطه للعادة، وعليه أن ينزل الراكب للطهارة وصلاة الفرض، لا للنفل ولا للأكل. (زهور). والإناخة حيث يحتاج كالمريض؛ للعرف. (قرير). ويجب على المكري الوطاء[١] والحبال، وأما فراش الشقدف[٢] فعلى المكتري، وعليه النزول فيما يعتاد الناس النزول فيه لعسره، وإن اختلفت العادة وجب تبيينه، وإلا فسدت الإجارة. وليس للراكب أن يلف رجليه في السرج؛ لأنه يتعب الدابة، بل يرسلهما، وإن كان في محمل قعد فيه، ولا يضطجع، إلا أن يجري في ذلك شرط أو عرف، ذكر ذلك في البحر. (بيان معنى). قال في روضة النووي: ليس للمؤجر منع الراكب من النوم في وقته، ويمنعه في غير ذلك الوقت؛ لأن النائم يثقل، قاله ابن كج. (إملاء).

(٢) أو شرط عليه.

(٣) إلا لشرط أو عرف. (قرير).

(٤) فيكون أجيراً مشتركاً.

(٥) وإن كانت اليد لهما يحصص بينهما نصفين. وقيل[٣]: لا حكم ليد الأجير؛ لضعف يده مع يد المالك. (حثيث، وسحولي، وشامي).

(٦) وهذا بناء أنها تعينت[٤] في الحامل دون المحمول، وإلا فقد تقدم أن ليس له أن يحمل غيره. (بيان). وأما في المحمول فيكون غاصباً. (بيان) (قرير).

---

[١] وهو الوطاف في عرفنا.

[٢] ويكون مما لا يثقل الجمل. (قرير).

[٣] لفظ الحاشية في نسخة: وقيل: إن كانت اليد لهما أو للمستأجر فلا ضمان على المكري. (قرير).

[٤] أي: الإجارة.

والمساواة في الصفة أن يكون الحمل مثل الحمل في الخشونة[١] والصلابة[٢] والجفو[٣].

قال عليه السلام: وقد نص أصحابنا أنه لو استأجر على أرطال معلومة من التمر فحمل بوزنها حديداً أو قطناً فتلف الحامل لم يضمن، إلا أن يكون فتياً لا يحمل على مثله الحديد. فقولهم: «إلا أن يكون فتياً» يقتضي ما ذكرناه أنه لا بد من المماثلة في الصفة، وإلا ضمن؛ لأن الحديد والتمر بالنظر إلى البازل مستويان في الصفة، وبالنظر إلى الفتي مختلفان.

وأما القدر في المسافة فنحو: أن يستأجر إلى بلد فيسير بالبهيمة إلى مثل مسافة ذلك البلد في الذرع.

والمساواة في الصفة: أن تكون المسافة مثل المسافة في السهولة والصعوبة[٤].

(فإن زاد) في الحمل[٥] أو في المسافة[٦] **(ما يؤثر[٧])** مثلها في البهيمة فتلفت

---

(١) كالحديد فإن فيه خشونة وصلابة قبل إخلاصه، فأما بعده فلا خشونة فيه، بل صلابة فقط. والخشونة في التبر، والصلابة في الذهب والفضة والرصاص والنحاس، والجفو في العطب -أي: القطن- والحناء ونحو ذلك.

(٢) كالذهب والفضة.

(٣) كالقصب، والتبن، والقشر، والحناء.

(٤) والخوف والأمن. (قرير). مع التلف، وأما مع البقاء فلا فائدة. (قرير).

(٥) أو في صفة السوق ضمن الكل. (يحيى حميد) (قرير).

(٦) وظاهر هذا أنه يعتبر المؤثر ولو في المسافة، ولم يجعلوه كالغاصب يضمن بأدنى نقل؛ لأنه هنا مأذون، فلا يظهر النقل العدوان إلا بما يؤثر من المسافة، وهو ما لمثله أجرة. (حاشية سحولي).

(*) قيل: أما الزيادة في المسافة فيضمن مطلقاً، ولا يشترط أن يكون مما يؤثر. (سماع هبل).

(٧) ويدخل في ذلك مسألة الرديف، وهو إذا اكترى ليركب وحده وأركب معه غيره، فإن كان الرديف صغيراً أو مقيداً ضمن المردف فقط، وأما إذا كان الريف هو الذي ركب بنفسه فإن كان يمكن المستأجر منعه كانا في الضمان على سواء، وإن تعذر كان الضمان كله =

(ضمن الكل(١)**)** من البهيمة، وسواء تلفت بسبب الزيادة أو بغيرها.

وقال أبو حنيفة: لا يضمن من قيمتها إلا قسط الزيادة فقط.

واختلفوا في تقدير المؤثر(٢)، فقيل(٣): ما له وحده كراء. وقال الفقيه محمد

على الرديف. (شرح فتح). يقال: ولم يمكنه النزول. (عامر). إن كان لا يقدر على حملهما. ولفظ البيان: **مسألة**: وإذا ركب مع المكتري غيره ولم يمكنه منعه ولا النزول فالضمان على الراكب الآخر[١]، وإن أمكنه منعه أو النزول ضمناها[٢] نصفين إن كانت لا تقدرهما، وإن كانت تقدرهما فكذا إن ركب برضا المكتري، وبغير رضاه فالضمان على الراكب الآخر[٣]، وعليه[٤] أجرة ركوبه أيضاً. (بيان).

(*) وهو ما زاد على المعتاد، وأما المعتاد نحو الزمزمية للماء، والسفرة، والفرو، والشملة - فلا يضمن. (وشلي) (قرر). واعتمده في البحر؛ لأن هذا غير مؤثر فلا ضمان. ولفظ البيان: **مسألة**: من اكترى دابة لحمل قدر معلوم ...الخ.

(١) ولو بعد رده أو نزعه؛ إذ قد صار متعدياً. (بحر). وبعد التعدي لا يعود أميناً. (قرر).

(*) لحصول التعدي وإن زال، كالعارية. (شامي) (قرر).

(*) من قيمة البهيمة وأجرتها. (حاشية سحولي).

(*) **سؤال**: لو وصل المستأجر إلى مفازة ثم ولدت الدابة فحمل ولدها فوقها، هل تجب عليه أجرة الزيادة وإذا تلفت ضمن، وهل المولود في يده أمانة؟ الظاهر أنه في يده أمانة؛ إذ ليس بأبلغ من فوائد الغصب، وإذا تلفت بتحميل الولد عليها ضمنها؛ لأنه قد صار الحفظ واجباً[٥] عليه. (سيدنا علي بن أحمد رحمه الله) (قرر).

(٢) بالنظر إلى الأجرة، لا الضمان فقد صار ضامناً بالمخالفة.

(٣) قوي. (حثيث).

---

[١] وذلك لأنه المتعدي وحده. (يستان).

[٢] على العدد. (قرر).

[*] لتعديها. (بستان).

[٣] لأنه متعد.

[٤] أما الأجرة فالمقرر أن على المستأجر المسمى، وعلى الرديف أجرة المثل. (قرر).

[٥] ويلزمه أيضاً أجرة الزيادة؛ لأن الإيصال عليه، كالأمانة والعين الموصى بها والمنذور بها. (سيدنا العلامة عبدالله بن أحمد المجاهد).

بن يحيى: ما لا يحمل مع الحمل المسمى إلا بزيادة في الأجرة.

وقال الفقيه محمد بن سليمان(١): هو الذي تَحسر به البهيمة(٢) مع الحمل(٣) الذي يوقرها(٤).

(و)يلزم المستأجر **(أجرة)** تلك **(الزيادة(٥))** أما الزيادة في الحمل(٦) فلأصحاب الشافعي ثلاثة أقوال: الأول: أجرة المثل(٧). قال مولانا عليه السلام: وهو

---

(١) قوي. (تهامي، وحاشية سحولي).

(٢) أي: يضعف به سيرها. (قررر). يعني: العادة، وإن لم يكن الذي فوقها يوقرها.

(*) أي: يضعف به سيرها تحقيقاً أو تقديراً. فالتحقيق نحو: أن يستأجر البهيمة ليحمل عليها ثلاثة أقداح مثلاً وهو الذي يوقرها، فزاد عليها قدحاً، فهي تحسر به البهيمة تحقيقاً. والتقدير: أن يستأجرها ليحمل عليها قدحاً مثلاً وزاد حملها قدحاً، فهي تحسر به البهيمة تقديراً لو كان زائداً على ما يوقرها.

(٣) وفي البحر: ما لا يتسامح به. قال شارحه: وهو الصحيح.

(٤) تحقيقاً أو تقديراً. (حاشية سحولي).

(٥) يعني: من أجرة المثل للزيادة، هذا بناء على أن أجرة المثل أكثر، أما لو كان المسمى أكثر فلعله يقال: يجب الأكثر؛ لأنه قد تمكن مما استؤجر له. اهـ وإذا استأجره إلى بلد أوصل إلى باب الدار للعرف. [ولفظ البيان: **مسألة**: ومن اكترى إلى محلة معينة[١] أوصل إلى بيته؛ للعرف بذلك، فإن اكترى إلى جزيرة[٢] معينة ولم يعين محلة معينة لم يصح. (بيان).

(٦) يعني: في صفته. (قررر).

(٧) يعني: للجميع.

(*) القياس أنه يجب الأكثر كما يأتي[٣]، وعليه الأزهار في قوله: «وعليه الأكثر مستأجراً» وقد ذكر ذلك في البيان.

---

[١] مثل صنعاء.

[٢] وحد الجزيرة أن يكون بين كل محلتين ما لم يوصل إليه إلا بأجرة. (قررر).

[*] يعني: ناحية بلد كذا، مثل إلى خراسان.

[٣] فيهما، أي: في صفة الحمل والمسافة. (حاشية سحولي). وإن كان ذلك في القدر لزمته أجرته إن كان لمثله أجرة من الحمل أو المسافة. (حاشية سحولي).

الأقرب على المذهب.

الثاني: المسمى، والزائد للزيادة[١]، كما لو كانت الزيادة تُـمَيَّز.

الثالث: يخير المالك بين هذين[٢]. هكذا ذكره مولانا عليه السلام، ولعل ذلك[٣] حيث كانت الزيادة في صفة[٤] الحمل، فأما إذا كانت الزيادة في القدر فالواجب للمسمى المسمى وأجرة المثل للزيادة[٥]، ذكر ذلك في البحر.

وأما أجرة الزيادة في المسافة فإن لم يتلف الجمل وجبت بلا خلاف بين السادة، وهي أجرة المثل، وأما إن تلف فقال أبو طالب: كذلك. وقال أبو العباس: لا تجب[٦].

---

(١) لكنه يقال: ما الفرق بين هذين القولين؟ ولعل الفرق أن على القول الأول تجب أجرة المثل للمحمول قلَّت أم كثرت، وعلى القول الثاني إن زادت أجرة المثل على المسمى لزمت الزيادة، وإن لم تزد فالمسمى، فعلى هذا يجب الأكثر. (تعليق ابن مفتاح، وشرح فتح).

(*) مثاله: أن تكون أجرة المثل لمائة رطل من الحديد اثني عشر درهماً، ومائة رطل من العطب -أي: القطن- عشرة دراهم، فاستأجر للعطب بثمانية، فحمل حديداً وجب عليه عشرة دراهم، وهي الثمانية المسماة والدرهمان من اثني عشر.

(*) يعني: أنه ينظر كم أجرة المثل بالزيادة وكم أجرة المثل من دون زيادة، فيزيد ما بينهما على المسمى، نحو أن يكون المسمى خمسة عشر على حمل مائة رطل تمراً، وأجرة المثل عشرة، فحمل مائة رطل حديداً، وأجرة المائة اثنا عشر درهماً، فيزيد ما بين الأجرتين على المسمى، وهو درهمان، فيستحق سبعة عشر في هذا المثال. (عامر).

(٢) القولين.

(٣) **مسألة**: وللمستأجر ضرب البهيمة ونخسها وكبحها المعتاد لمثلها، ما لم يؤد إلى خلل فيها؛ لفعله صلى الله عليه وآله وسلم في بعير جابر حين أعيا. (بحر). أي: تحير في سيره.

(٤) المقرر أنها إن كانت الزيادة في الصفة فقط في الحمل أو في المسافة ضمن الأكثر من المسمى وأجرة المثل، وإن كان ذلك في القدر فكما ذكره في البحر. (مفتي، وكواكب). قرر كلام البحر الذي في الشرح، وسيأتي مثل هذا في مسألة البريد، وهو المذهب، وقد ذكر معنى هذا المفتي.

(٥) وهي ما له أجرة. (قرر).

(٦) إذ تدخل تحت قيمة الرقبة. قلنا: مختلفان فانفرد كل بضمان، كالعينين. (بحر)

(فإن حمَّلها المالك[١]**)** أي: هو الذي تولى إشالة حمل الزيادة إلى ظهر البهيمة **(فلا ضمان**[٢]**)** على المستأجر **(ولو)** كان المالك **(جاهلاً)** للزيادة. **(فإن شورك)** المستأجر[٣] أي: شال معه غيره[٤] **(حاصَّ)** في الضمان[٥].

---

(١) وهذا حيث هو المحمل لها والسائق، فلو كان السائق لها هو المستأجر أو ساقاها معاً فالضمان على المستأجر. (حاشية سحولي لفظاً) (قرير).

(*) وساقها مالكها. (بيان). جميع الطريق، أو تلفت تحت العمل فوراً. فلو كان السائق المكتري كان متعدياً فيضمنها. (قرير).

(*) أو غيره بأمره، وساق. (قرير). أو تلفت تحت الحمل. (قرير).

(٢) لأن المالك مباشر، والمستأجر فاعل سبب.

(*) للرقبة، بل يأثم لأجل الغرر، وتلزمه أجرة المثل للزيادة، والمسمى للمسمى.

(*) هذا إذا تلفت بنفس التحميل، أو هو السائق. (قرير).

(٣) صوابه: المالك. (قرير).

(٤) فإن شاركهما غيرهما فعليه حصته من الضمان، ويرجع على من طلبه الإعانة؛ لأنه غار (نجري). وللمالك مطالبة أيهما شاء.

(*) سؤال أورده الفقيه العلامة علي بن أحمد بن إسماعيل الرداعي ما لفظه شعراً:

يا أيها الفضلاء من العلماء	الله يحميكم من الأسواء
ما قولكم في فتية شلوا مع	رجل أجير صار في البيداء
حملاً إلى ظهر البعير تفضلاً	وتكرماً منهم بغير كراء
ولعل فيه زيادة قد أثرت	من غيرهم عمداً بغير حياء
هل هم إذا مات البعير يضمنوا	أم لا أفيدوني بذي الفتواء
وأتُوا بمنهاج الدليل وصرحوا	يفديكم روحي مع أحشاء

ويتلوه الجواب من مولانا أمير المؤمنين المنصور بالله محمد بن يحيى بن حميد الدين رحمه الله، وذلك قبل الدعوة، وهو هذا:

أهلاً بنظم جاء كالغيداء	رفلت بحسن شمائل وبهاء
قد زانها الديباج تسجية وقد	سحبت ذيول الكبر والخيلاء
هذا البعير ضمانه متحتم	لكن ضمانته على الشركاء
ولعله أن المباشر ضامن	والأمر لا يجدي لدى الضمناء

(٥) قيل: هذا يأتي على قول المؤيد بالله عليه السلام: إنه يهدر ما قابل فعله، وأما عند الهادوية فيضمن الكل. ولعله يقال: هذا في الأموال، فيتبعض فيها الضمان، بخلاف الجنايات على الآدميين.

=

(وكذا المدة[(١)] **والمسافة**[(٢)]**)** حكم الزيادة فيهما كالزيادة في الحمل.

(و)إذا انتهى المستأجر[(٣)] إلى مفازة[(٤)] أو نحوها فخشي التلف على نفسه وعلى البهيمة أو على نفسه إن وقف معها من لصوص أو غيرهم جاز له الذهاب وتركها و**(لا)** يضمن[(٥)] **(بالإهمال)** إذا أهملها ....

وينظر؛ فلا يستقيم هذا على قول الهادي عليه السلام. ولفظ الغيث: وإنما قسط الضمان هنا ولم يضمن الكل لأن فيها جانيين،لكن يقال: فيلزم كما قال المؤيد[١] بالله في مسألة متجاذبي الحبل فإنكم أوجبتم جميع الضمان مع أن فيها جانيين، والمؤيد بالله أوجب نصفاً. (غيث).

(*) إذا تلف بنفس التحميل. (قررو).

(*) ذكره أبو طالب، وهذا يستقيم إذا كان الحمل الذي وضعاه عليها مما يعلم[٢] أنها لا تقدره، فهما متعديان معاً، فيضمن المكتري نصفها، وأما إذا كانت تقدره فالتعدي من المكتري وحده؛ لتغريره على المالك، فيضمنها كلها. (بيان). حيث ساقها، وإن ساقها المكري فلا ضمان، وإن ساقها الغير جاهلاً ضمن، ورجع على المكري. (حاشية سحولي). إذا تلف بالسوق، لا إذا تلف بنفس الوضع فلا يرجع على من غره، كما في العارية في الرديف.

(*) حيث علم، وإلا رجع. (كواكب) (قررو).

(*) إذا تلفت بنفس التحميل. (قررو).

(١) لعله يريد الزيادة في الصفة، والذي تقدم في القدر؛ لئلا يكون تكراراً. ولعله يقال: من عطف الخاص على العام.

(٢) وتلزم أجرة المثل فيما لمثله أجرة، وإن لم فلا، وتضمن العين مطلقاً، ومثله في البحر. والأصح خلافه، وهو أنه لا يضمن العين إلا إذا كانت المسافة لمثلها أجرة.

(*) يعني: إذازاد في المدة أو جاوز المسافة المذكورة لزمه أجرة المثل لزيادة المدة وزيادة المسافة.

(٣) وكذا المستعير والوديع. (بيان).

(٤) ويعني بالمفازة المهلكة؛ لأنها من أسماء الأضداد.

(*) القفرة التي لا حي فيها.

(٥) إلا أن يضمن. (بيان).

---

[١] هكذا في الغيث، وفي الزهور: فيلزم كما قالوه في مسألة ... إلخ.

[٢] وقيل: لا فرق بين أن يعلم أنها لا تقدره أو لا إذا وقع التلف بسبب الزيادة. (قررو).

(لخشية تلفهما[١]) جميعاً، وحاصل هذه المسألة: أنه إما أن يتركها خوفاً أم لا، إن لم يكن خائفاً فهو ضامن ولو أودع[٢] إلا أن يحتاج إلى الإيداع، وإن كان خائفاً فإن كان وقوفه لا ينجيها لـم يضمن[٣] وفاقاً، وإن كان ينجيها لكنه يخاف على نفسه فإن أودع لم يضمن، وإلا ضمن[٤] عند المؤيد بالله[٥]، لا عند أبي طالب.

قال الفقيه يحيى البحيح[٦]: وكلام المؤيد بالله أقيس. قال مولانا عليه السلام: وهو الذي في الأزهار؛ لأنه قال: «لخشية تلفهما»، فمفهومه أنه لو لم يخش تلفهما جميعاً ضمن.

(ومن اكترى من موضع ليحمل من آخر إليه[٧]) مثاله: أن يكتري بعيراً من المدينة ليحمل عليه من مكة، فلما انتهى إلى مكة بدا له[٨] في ذلك

---

(١) وكذا لو خشي تلفها ولم يخش تلف نفسه، ولم يكن وقوفه ينجيها، ولا تمكن من الإيداع، فإذا أهملها على هذا الوجه فلا ضمان. ومثل معناه في شرح الفتح.

(*) فلو كان يمكن الإيداع عند خشية تلفهما، ظاهر الأزهار لا يضمن، ومفهوم كلام القاضي زيد في البيان يضمن، ويمكن أن يقال: إذا كان يمكنه الإيداع ولا يخشى تلفها مع الإيداع فمفهوم كلام الأزهار الضمان. (قرز).

(٢) وتكون مدة الإيداع من مدة الإجارة، ذكره في البرهان. (بستان) (قرز).

(*) فيه نظر؛ لأن له أن يعير ولا يضمن، فكذا في الإيداع أولى وأحرى لعذر ولغير عذر، ذكره عليه السلام، والفقيه علي. (قرز).

(٣) مع عدم التمكن من الإيداع. (قرز).

(٤) قيل: مع التمكن من الإيداع، وإلا فلا. وقيل: مطلقاً، وهو ظاهر الأزهار.

(٥) حجة المؤيد بالله: أن ذلك كما لو أتلف مال الغير للضرورة فإنه يضمنه. وحجة أبي طالب: أنه لا يجوز له أن يعرض نفسه للهلاك، وقد قال تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة١٩٥]، فلا وجه لتضمينه والحال هذه. (بستان).

(*) وجميع الأطراف في هذه المسألة أنه يضمن مطلقاً، إلا أن يكون وقوفه لا ينجيها ولا أمكنه الإيداع فلا ضمان.

(٦) علي. (نخ).

(٧) أو إلى غيره.

(٨) عذر.

(فامتنع[١] **أو فسخ**[٢] **قبل الأوب)** لعذر[٣] **(لزمت)** الأجرة[٤] **(للذهاب**[٥]**)** من المدينة[٦] إلى مكة بشرطين: أحدهما: أن لا يمتنع المؤجر من الحمل من مكة إلى المدينة في رجوعه، فإن امتنع لم يلزم للذهاب، كالمقدمات في

(١) يعني: المستأجر، ولم يخل الجمال بعيره، فإن خلاه في المدة التي يصل فيها إلى المدينة استحق كل الأجرة. (زهور) (قرز). فإن زاد حمل بعد مضي المدة التي خلاه فيها لزمته لأجل التحميل أجرة المثل أيضاً. (قرز).

(٢) أو لم يفسخ. (قرز).

(٣) حذف من بعض النسخ؛ إذ لا فائدة تحته. وقيل: هذه اللفظة في مسودة الغيث والزهور، ووقفت على نسختين من الغيث فلم أجد فيها هذه اللفظة. وفي الوابل والبيان: ولغير عذر. (قرز). وقبل (قرز).

(*) أو لغير عذر وقبل. (بيان) (قرز).

(٤) أجرة المثل حاملاً. (قرز). إن جرى عرف بالتحميل من المدينة أو شرط عليه ذلك.

(٥) يقال في الفاسدة، أو مع ذكر المقدمات مطلقاً، أو لم تذكر في الصحيحة وعادتهم التحميل - يلزمه أجرة الذهاب: قدر أجرة المثل في الفاسدة، والقسط في الصحيحة. (شرح محيرسي) (قرز).

(*) والمسألة مبنية على أن عرفهم أن يحملوا من المدينة إلى مكة فيما استأجروه من المدينة ليحملوا عليه من مكة إلى المدينة، وإلا لم يلزم شيء؛ لأنه كالمقدمات في الإجارة الصحيحة. وفي البستان: هذا إذا ذكر السير إلى مكة، أما لو لم يذكر بل استأجره ليحمل إليها من مكة لم يستحق بالسير إلى مكة شيئاً؛ لأنه من المقدمات لا من المقصود.

(٦) أجرته حاملاً حيث جرت العادة بالتحميل، فإن لم تجر العادة بالتحميل، بل العرف جار بأنه يخلي ولا يحمل عليه فإنه يلزمه أجرته[١] عطلاً بالنسبة. وقيل: لا شيء حيث لم تجر العادة بالتحميل؛ لأنها من المقدمات، ولم يقابلها شيء إذا لم تذكر. (حفيظ). هذا مستقيم حيث كان الفسخ لعذر، وإن كان ممتنعاً لزمته الأجرة كما سيأتي على قوله: «وتسقط في الصحيحة بترك المقصود» في فرع البيان.

---

[١] بين أجرته حاملاً من المدينة إلى مكة ويعود حاملاً، وبين أجرته فارغاً يصل يحمل من مكة ويعود حاملاً. وفي البيان ما لفظه: وبيان القسط أن ينظر في أجرة مثله كذلك، وفي أجرة مثله لو استؤجر على الحمل من مكة إلى المدينة، فينظر كم التفاوت بين الأجرتين هل ثلث أو ربع أو نحوه، ثم يجب بقدره من الأجرة المسماة. (بيان بلفظه). مثاله: لو كانت أجرته كذلك اثني عشر للذهاب والإياب، وأجرة مثله لو استؤجر على الحمل من مكة ثمانية، فإنه يستحق في هذا المثال ثلث المسمى.

الإجارة الصحيحة.

الشرط الثاني: **(أن)** يكون المستأجر في حال الذهاب قد **(مُكِّن فيه)** من البعير **(وخُلِّي له[١])** ظهره.

قال الفقيه يوسف: ولا يضر إذا عارضه وهو راكب[٢] على الجمل، بخلاف ما إذا حمل عليه متاعاً[٣]. **(وإلا)** يمكنه أو حمل عليه **(فلا)** أجرة للذهاب.

وقال الفقيه حسن النحوي[٤]: بل يستحق قسط الذهاب، وهو ما بين أجرته إذا استأجره من المدينة ليسير به فارغاً ثم يحمله وبين أجرته إذا استأجره ابتداء[٥] من مكة. والمسألة مبنية على أن الإجارة تعينت في الحامل دون المحمول[٦].

---

(١) لعل هذا يستقيم حيث جرت العادة بأنه يحمل المستأجر من المدينة إلى مكة إذا أراد الحمل، وإلا فالمقصود الحمل من مكة. (حثيث) (قرز).

(*) فلو خلي له في مكة مدة يمكنه الرجوع إلى المدينة لزمته للذهاب والإياب. (قرز).

(*) حيث جرى العرف بتخليته في الذهاب، وإلا فلا يلزم تخليته. (تعليق أثمار) (قرز).

(٢) المكري، لا ركوب غيره فيكون مانعاً، والفارق بينهما العرف والعادة. (بيان معنى).

(*) يعني: المالك.

(٣) أو راكباً غيره لا على جهة العارية. (شامي).

(٤) هذا أحد احتمالين للفقيه حسن أنه يستحق ما بين الأجرتين، والاحتمال الثاني أنه لا يستحق، وهو المختار، ومثله في الزهور.

(٥) وذلك نحو أن تكون أجرة من يحمل من مكة إلى المدينة عشرين، وأجرة من يسير عطلاً من المدينة فيحمل إليها من مكة ثلاثين، فما بين الأجرتين عشرة. (صعيتري).

(٦) إذ لو تعينت فيه فلا شيء رأساً إن لم يحمل، وكذا لو كان الممتنع المؤجر فلا شيء.اهـ ولفظ حاشية: أما لو تعينت في المحمول فلا فائدة في تخلية الجمل، بل إن حمل البعض استحق بقدره، وإلا فلا. (شرح أثمار). لأنها على عمل، وهي لا تستحق إلا بالعمل.

(باب إجارة الآدميين[١])

(فصل): في بيان الأجير الخاص[٢] وأحكامه

(إذا ذكرت المدة وحدها[٣]) ولم يعين العمل، نحو أن يقول: استأجرتك هذا اليوم، أو يوماً، ولا يذكر عملاً **(أو)** يذكر العمل مع المدة، لكن ذكرها **(مقدمة[٤] على العمل[٥])** نحو: استأجرتك هذا اليوم أو يوماً[٦] على أن تخيط لي فيه هذا الثوب[٧] قميصاً، أو ما أشبه ذلك[٨] **(فالأجير)** في هاتين الصورتين ونحوهما[٩] **(خاص[١٠])** تتبعه أحكام مخصوصة: الأول: أن **(له الأجرة**

---

(١) الأصل فيها فعله صلى الله عليه وآله وسلم أنه استأجر خريتاً، أي: دليلاً، وهو عبدالله بن أريقط الليثي، ولم يعرف إسلامه. [قال في الشفاء: الخريت: الماهر].

(٢) إجارة الآدمي على ضربين: خاص ومشترك، هذه عبارة أهل المذهب. قال المهدي عليه السلام: قيل: وأصحاب الشافعي يقولون: إجارة عين وإجارة ذمة. قال الإمام الشهيد زيد بن علي عليه السلام: الخاص: من يعمل لك وحدك، والمشترك: من يعمل لك ولغيرك. (بستان).

(٣) هذا خاص الخاص.

(٤) إذ تقدمها يدل على اعتمادها.

(٥) هذا هو الخاص.

(٦) ويكون ابتداؤها من حين العقد.اهـ فلو قال: يوماً من الأيام أو شهراً من الشهور فسد العقد. (بيان).

(*) وأول مطلق اليوم من وقت العقد، ويكون تمامه من اليوم الثاني. (عامر) (قرير). ما لم تكن في الليل فسدت؛ لأنه مستقبل. (مفتي). وظاهر الأزهار خلافه فيما تقدم في قوله: «إلا في الأعمال».

(٧) أو ثوباً.

(٨) السنة، والشهر، والأسبوع.

(٩) الظئر.

(١٠) واعلم أن خاص الخاص أن تكون المدة معلومة، والأجرة معلومة، والعمل غير =

بمضيها[(١)] فمتى مضت المدة استحق الأجرة وإن لم يعمل **(إلا أن يمتنع)** من العمل **(أو يعمل للغير**[(٢)]**)** في تلك المدة، فإن عمل للغير من غير إذن المستأجر[(٣)] سقط من أجرته بقدر المدة التي ....

معلوم. وخاص المشترك: أن يكون العمل معلوماً، والأجرة معلومة، والمدة غير معلومة. (دواري)[١].

(*) وماهية الخاص: هو الذي يعمل لك فقط، والمشترك: هو الذي يعمل لك وللناس. (شرح فتح).

(١) مع تسليم نفسه. (قرير).

(*) ولمستأجر الخاص أن يؤجره. (كواكب). وفي الأثمار: لا يصح ذلك؛ إذ يكون بمنزلة التصرف في المبيع قبل القبض؛ لكون قبضه ليس قبضاً لمنافعه؛ إذ لا تثبت اليد عليه، بخلاف العبد. (شرح أثمار).

(٢) لا لو عمل لنفسه، وهو يشبه مسألة الدابة حيث عارضه المكري. وفي حاشية: أو لنفسه على الصحيح، وهو مفهوم الأزهار[٢]. (قرير).

(*) عملاً يمنعه. (قرير). أو ينقصه، وإلا استحق الأجرتين معاً[٣]. (زهور). نحو: أن يستأجره الأول على خياطة فيؤجر نفسه بقراءة، وهو ناقل، أي: غَيِّباً. (زهور). أو كان العرف جارياً أن أحد المستأجرين عمله في الليل والآخر في النهار، أو العكس، فيعمل لأحدهما في الوقت الذي لم تجر العادة أن الآخر يعمل فيه. (سيدنا زيد بن عبدالله الأكوع) (قرير).

(*) ولو لنفسه على الصحيح؛ لأنه غير.

(٣) ولو كان حاضراً، ولو لم يمنعه، وأما لو أذن له كانت الأجرة للمستأجر، إلا أن يأذن له لنفسه كانت له. (قرير).

---

[١] لفظ الدواري في الديباج: وخاصية الخاص ذكر المدة، وخاصية المشترك ذكر العمل. ثم إن ذكر في الخاص أجرة معلومة والمدة معلومة كان أجيراً خاصاً إجارة صحيحة، وإن دخلت الجهالة في أحدهما فهو أجير خاص إجارة فاسدة. وإن ذكر في المشترك أجرة معلومة مع كون العمل معلوماً فهو أجير مشترك إجارة صحيحة، وغن دخلت الجهالة في أحدهما فهو أجير مشترك إجارة فاسدة.

[٢] لأنه غيره.

[٣] وهو المسمى، وتكون صحيحة.

عمل فيها للغير(١)، ويكون له على ذلك الغير أجرة المثل(٢) **(و)** هذه **(الأجرة له(٣))** يستحقها هو دون المستأجر الأول.

(و) الحكم الثاني: أنه **(لا يضمن(٤))** وإن ضمن **(إلا)** في صورتين: أحدهما: أن يتلف **(لتفريط(٥))** وقع منه. والثانية قوله: **(أو تأجير(٦) على الحفظ(٧))**

---

(١) هذا إذا كان عمله للثاني ينقص من عمل الأول، فإن كان لا ينقص استحق الأجرتين معاً. (زهور) (قرر). كمن استؤجر للقراءة غيباً وللخياطة.

(٢) لأن الإجارة فاسدة؛ لأن منافعه مملوكة لغيره، كما ذكره النجريان جمال الدين في شرحه وفخر الدين في معياره، قال: وتنفسخ إجارة الأول. (شرح فتح).

(*) لأنها إجارة فاسدة؛ لأن منافعه مستحقة للأول. (قرر).

(٣) إلا أن يكون عبداً فللمستأجر؛ لأن اليد تثبت عليه. (مفتي). ومثله في شرح الفتح. وقيل: لا فرق بين الحر والعبد؛ لأنه يملك منافعها، ذكر معناه في الكافي. (قرر). قلت: والقياس يقتضيه. (بحر)[١].

(٤) والوجه في ذلك أن الأجرة لا يستحقها لما يعمل، وإنما يستحقها بتسليم نفسه في المدة، فلا ضمان للمال.

(٥) أو جناية. (قرر). ولو خطأ. (قرر).

(٦) **مسألة**: إذا فسدت إجارة الأجير الخاص صار أجيراً مشتركاً؛ لأنه لا يستحق الأجرة إلا بالعمل، فيضمن ما تلف معه. (بيان). هذا بالنظر إلى استحقاق الأجرة، وأما الضمان فبحاله[٢]. (قرر).

(٧) وكذا إذا شرط عليه الحفظ صار أجيراً [مشتركاً] على الحفظ[٣]. (بيان).

(*) ولو كانت إجارته على الحفظ فاسدة فقد أوجبت عليه ضمان المشترك. (بيان معنى).

---

[١] الذي في الكافي والبحر أن الأجرة للمستأجر، ولفظ البحر: فإن امتنع من العمل أو عمل للغير فلا أجرة على المستأجر والأجرة له. وقيل: بل للمستأجر؛ لملكه المنافع كالعبد. قلت: والقياس يقتضيه.

[٢] يعني: لا يضمن، ومثله في البحر.

[٣] ظاهر الأزهار خلافه.

[*] يقال: شرط الحفظ من التضمين، والتضمين غير ثابت، فما وجه الفصل بينهما، إلا أن يكون من اختيار صاحب البيان على خلاف المذهب فيحقق. قال المفتي: هذا قد علقناه إلزاماً على كلام البيان. (شرح محيرسي لفظاً) (قرر).

=

فإنه يضمنه(١) ضمان المشترك(٢).

(و)الحكم الثالث: أنه **(يفسخ معيبه**(٣) **ولا)** يجب أن **(يبدل**(٤)**)** بدله.

(وتصح) الإجارة **(للخدمة)** على الإطلاق(٥) وإن لم يعين للأجير العمل، فإن كان له حرف كثيرة **(و)**جب أن **(يعمل المعتاد**(٦)**)** ....

(*) لا لو شرط عليه الضمان فلا يضمن.اهـ ولعل الفرق بينهما أن الحفظ يصح الاستئجار عليه، بخلاف الضمان.

(١) ما صار في يده.

(٢) أي: قبل التضمين. وقيل: بعد التضمين.

(*) قبل التضمين. يعني: غير الغالب. (قرير).

(٣) لكن إذا تعيب لمرض أو نحوه فإن كان يمكن العمل ولم يفسخ لزمته الأجرة جميعاً، فإن كان لا يمكن العمل فلا أجرة، والإجارة باقية لا تنفسخ إلا بالفسخ. (بيان معنى) (قرير).

(*) ويثبت خيار الرؤية في الأجير الخاص، كما في الرقبة المؤجرة. (بيان). لكن فما الحكم حيث فسخ بالرؤية أو العيب بعد استيفاء المنافع؟ يقال: استيفاء المنافع من الأجير كقبض المبيع وتلفه؛ لأن المنافع تتلف عقيب تمامها، ففي خيار الرؤية لا شيء[١] للفاسخ، كتلف المبيع في يده، وفي خيار العيب يرجع بالأرش، كما في المبيع إذا استهلكه قبل العلم بالعيب. (سماع سيدنا محمد بن علي العنسي) (قرير).

(*) **مسألة**: وإذا مرض الخاص فله الأجرة بمضي المدة إن لم يفسخ. (بحر)[٢]. هذا إذا بقي له نفع[٣]، فإن بطل نفعه بالكلية فلا أجرة لمدة المرض ونحوه ولو لم يحصل فسخ. (حاشية سحولي، وبيان) (قرير).

(*) وكذا بالرؤية. (بيان معنى). وسائر الخيارات.

(٤) بعد موته، وإلا فله الاستنابة كما يأتي. (قرير). لعله قبل الفسخ، وإلا فلا.

(*) لأن المنافع لا تضمن بالمثل. (شرح فتح).

(٥) وذكر الخدمة ليس من الجمع بين المدة والعمل؛ لأنه ذكر جنس العمل لا عينه.

(٦) والفرق بين إجارة الحيوان والأرض فيما تقدم حيث قال: «إن اختلفت وضررها» أن المضرة في الأرض أكثر من المضرة في الحيوان. (تعليق الفقيه علي).

---

[١] يعني: قد بطل خيار الرؤية.

[٢] لفظ البحر: **مسألة:** وإذا مرض الخاص لم تسقط حصة مدة المرض إن لم يفسخ.

[٣] لأي شيء ولو للإيناس. وقيل: فيما استؤجر له. (قرير).

أي: ما يعتاد(١) عمله منها، وإن اعتادها جميعاً واستوت مضرتها استعمله في أيها شاء، وإن اختلفت مضرتها(٢) فسدت الإجارة إلا أن يبين أيها، وإن كان له حرفة واحدة استعمله فيها، وإن كان لا حرفة له صحت الإجارة واستعمله فيما يستعمل مثله، يعني: في غير متعب(٣) ولا دنيء(٤). **(و)**يتبع **(العرف(٥))** في تقدير وقت العمل، هل في بعض النهار أم في جميعه(٦). **(لا)** لو استأجره

---

(١) أي: الغالب منها.

(٢) ولا غالب، وإلا انصرف إليه. (قرر).

(*) فإنه يعمل بالغالب منها حيث وجد. (شرح فتح).

(٣) في حق الأجير. (قرر).

(٤) في حقه. (بيان).

(٥) عرف الأجير. (قرر). وقيل: عرف البلد.

(*) المستوي، لا المختلف فيجب تبيينه وإلا فسدت. (قرر).

(*) فإن اختلف العرف ولم يبين عند العقد فسدت؛ لجهالة وقت المنفعة[١]. (بيان). حيث لا غالب وإلا انصرف إليه. (قرر). ولا يمنع من الصلاة ولو في أول وقتها، وكذلك صلاة الجمعة، إلا أن يجري عرف أو شرط عمل عليه. ولفظ حاشية: ولا يمنع من واجب وإن رخص فيه، كالصوم في السفر، والصلاة أول الوقت؛ قياساً على العبد، وسواء الجمعة[٢] وغيرها، والسبوت في حق اليهود[٣] إن جرى عرف بذلك، ولا ينقص عليه من الأجرة شيء، قاله الغزالي في فتاويه. (روضة نواوي). وكذا لا يمنع من قضاء الحاجة. (قرر).

(٦) **فرع**: ويستثنى للخاص ما جرت به العادة من الوضوء والصلاة [وسننها، والرواتب]وقضاء الحاجة، والاستراحة المعتادة عند الحمل على الظَّهْر ونحوه. قال الفقيه حسن: وللمستأجر أن يمنع الأجير من الصلاة في أول الوقت، وكذلك السيد يمنع عبده. وقال الفقيه محمد بن سليمان: ليس لهما ذلك. (بيان). يعني: المنع من الصلاة في أول الوقت، كما تقدم في الزوجة والعبد الخ.

---

[١] وقت العمل. (نخ).

[٢] ولعله حيث جرت العادة بحضورها من الأجراء. (قرر). وإلا سقط من الأجرة بقدرها. (قرر).

[٣] والأحد للنصارى، والمجوس يوم الثلوث. (روضة نواوي).

(بالكسوة والنفقة) فلا تصح **(للجهالة)** فيهما، فلو قدر قيمتهما صح ذلك.

(والظئر[١] **كالخاص**[٢]**)** الظئر: مهموز، وهو في اللغة اسم للمرأة التي ترضع ولد غيرها[٣] **(فلا تشرك**[٤] **في العمل**[٥] **واللبن)** أي: ليس لها أن تؤجر نفسها من آخر إلا بإذن، ولا تحضن غيره ولا ترضعه إلا بإذن[٦]. **(وإذا تعيبت**[٧]**)** ....

---

(١) هو مأخوذ من العطف، يقال: ظأرت الناقة، إذا عطفت على ولدها. وفي المثل: الطعن يظأره، أي: يعطفه على الصلح. (زهور).

(٢) إذا عقدا عقداً مشتركاً، وإلا فخاص حقيقة. وظاهر الأزهار لا فرق.

(*) حيث قدم العمل على المدة، وإلا فخاص حقيقة؛ فلا تضمن. وظاهر الأزهار لا فرق.

(*) ظاهره ولو عقد عقد مشترك.

(*) كلام الأزهار فيه انضراب، من حيث إنه بنى هنا أنها خاص، كما هو مذهب أبي مضر وغيره، وفيما سيأتي أنها مشترك حيث قال: «إلا في الأربعة» ومن جملتها الحاضنة. والظاهر أن الحاضنة لها من أحكام الخاص ومن أحكام المشترك؛ إذ لا يصح جعلها كأحدهما على الإطلاق. (وابل معنى).

(٣) وأما في الشرع فلا فرق بين ولدها وبين ولد غيرها.

(٤) وتكون لها أجرة المثل على الآخر، والمسمى للأول إلى وقت إرضاع الثاني، ويلزم في باقي المدة الأقل منه ومن أجرة المثل. (بيان[١]). وهذا حيث يكون مضراً بالأول، وإلا استحقت الأجرتين. (شرح بحر) (قرر).

(٥) قال الفقيه علي: فإن أجرت نفسها فإن كان تأجيرها للغير لا يضر بهذا الصبي فلها ذلك وفاقاً، وإن كان يضر به فليس لها ذلك وفاقاً، فإن فعلت استحقت على الغير أجرة المثل، وعلى الأول حصة ما مضى من المسمى، وفي باقي المدة الأقل من أجرة مثلها أو حصته من المسمى. (بيان معنى) (قرر).

(٦) من الولي، وليس للولي أن يأذن إلا لمصلحة. (قرر).

(٧) ولها أن تفسخ الإجارة لما يلحقها من المضرة. (قرر).

---

[١] لفظ البيان: فرع: فلو أجرت نفسها لحضن صبي آخر فإن كان لا يضر بالأول جاز، وإن كان يضر به لم يجز، فيكون لها على الآخر أجرة المثل، وعلى الأول حصة ما مضى من المسمى، وفي باقي المدة الأقل من أجره مثله أو حصته من المسمى.

لمرض(١) أو حبل أو سقته لبن(٢) السائمة **(فسخت)** بذلك، ولزمها قيمة لبن السائمة(٣) للصبي إذا دفعته من ماله(٤)، **(إلا)** أنها تخالف الأجير الخاص بحكم، وهو **(أنها تضمن ما ضُمِّنت)** كالمشترك(٥) إذا ضُمِّن الغالب ضمن،

---

(١) أو انقطع لبنها.

(٢) إذ لبن الآدمية فيه لطف وخفة، فلهذا يزيد به الصبي وينمو، وتطيب نفسه، ولبن السائمة فيه ثقل، فلا يكاد ينمو عليه جسمه، وربما كان فيه ضرر عليه، فإذا سقته الصبي كان ذلك منها خيانة فيما استؤجرت عليه، فيكون للمستأجر الفسخ. (شرح فتح).

(*) **فرع:** وإذا سقته ما يقتله فإن كانت جاهلة وجبت ديته على عاقلتها، وإن كانت عالمة بأنه يقتل فإن أوجرته إياه قتلت به[١]، وإن وضعته بين يديه فشربه فالدية على عاقلتها؛ لأنها فاعلة سبب، وإن أعطته إلى يده فشربه[٢] فقال المؤيد بالله: تكون قاتلة عمد. وقال الناصر وأبو طالب: بل خطأ. (بيان بلفظه).

(٣) حيث عدم المثل في الناحية.اهـ والأولى أنها لا تضمن؛ لأنها غاصبة، وقد صار إلى الصبي عين ماله. يعني: والسائمة للصبي. (غاية). وقرر القاضي عامر الضمان؛ لأنه كالآلة لها. وقيل: بل لأنها لا تبرأ بالرد إلى الصبي.

(*) يعني: الثمن.

(٤) قال في المنتخب: إن سقته لبن السائمة فمرض فعليها علاجه ودواؤه حتى يبرأ، فإن مات نظر: فإن كان هذا اللبن يتلف الصبيان فهي عامدة، إلا أن تدعي الجهل[٣]. (تعليق الفقيه حسن).

(*) وإن كان من مالها لم تسحق شيئاً؛ لأنها متبرعة ومتعدية، ذكره القاضي زيد. وإن مرض الصبي من ذلك لزمتها حكومة له[٤]، وإن مات ضمنت ديته. (قرير).

(٥) وتضمن غير الغالب، فإن ضمنت الغالب ضمنت، وهو المفهوم من الأزهار. (هامش بيان).

---

[١] إذا كانت غير أمه. (قرير).

[٢] قبل أن يضعه. وقيل: لا فرق.

[٣] وتكون الدية على العاقلة. (قرير).

[٤] وهي ما يحتاجه في علاجه حتى يبرأ. (قرير).

=

هذا كلام أبي الحسن الكرخي(١)، ومثله عن المنصور بالله وأبي مضر.

وقال الفقيه محمد بن سليمان والفقيه يحيى البحيبح والفقيه علي: بل مذهبنا أنها كالمشترك في الضمان، فتضمن وإن لم تضمن إلا الغالب. وحكاه الفقيه يحيى البحيبح عن المؤيد بالله.

تنبيه: قال في الانتصار: لا بد في صحة إجارة الظئر من إذن زوجها(٢)، فإن أذن لم يكن له أن يطأها في غير بيته(٣)، وأما في بيته فقال أبو حنيفة والوافي:

(*) بناء على أنه عبد، وأما الحر فلا يضمن إلا بجناية أو تفريط. والمختار أنها تضمن من غير فرق بين الحر والعبد.اهـ فتضمن الصبي وما عليه[١]، وهذا إذا أكلته السباع، أو قتله أعداؤه فلم يمكنها المدافعة، وأما لو مات حتف أنفه فلا يضمن؛ لأن الموت لم يقصد بالتضمين[٢]. (غاية) (قرر)[٣].

(*) قال أبو مضر: فلو رقصته فسقط ضمنته إن استؤجرت على حفظه. (زهور). والقياس الضمان مطلقاً؛ لأنه جناية.

(*) وأنها لا تستحق الأجرة بمضي[٤] المدة، وتستحق الأجرة[٥] وإن لم يسلم الصبي، كأن يموت. (حاشية سحولي).

(١) من الحنفية.

(٢) إذا لم تكن مستحقه للحضانة. (قرر).

(٣) أو بيتها.

(*) إلا بإذن الولي. (قرر).

---

[١] والعبد. (نخ). [ولفظ البيان في الجنايات: **مسألة**: وإذا دفع الأب طفله إلى أجنبي ليحفظه ثم تلف معه، فإن كان بغير أجرة فالحافظ وديع يضمنه إذا فرط في حفظه، وإن كان بأجرة فالحافظ أجير مشترك يضمنه حيث يضمن الأجير المشترك. [ويكون على عاقلته كما في الحاضنة]. (بلفظه). فيأتي هنا في الظئر مثله، ولو حراً].

[٢] وفي حاشية: وتضمنه إن مات سواء كان حراً أو عبداً. (قرر).

[٣] وهذا حيث لم تذكر المدة أو قدمت على العمل، فإن كان كذلك فهي خاصة لا تضمن.

[٤] قرر خلافه، وهو أنها تستحق الأجرة. (قرر).

[٥] إلى وقت موت الصبي فقط.

ليس لهم منعه[١]. قال في الانتصار: إلا أنه لا يطأ إلا إذا نام الصبي أو روي من اللبن.

وقال مالك: بل لهم منعه من الوطء مطلقاً؛ لأنه يؤدي إلى الحبل[٢] فيضر بهذا الولد.

قال في الانتصار: ولا بد من ذكر المكان[٣] هل في بيتها أو في بيت أب الصبي؛ لأن الأغراض تختلف[٤] في ذلك. قال فيه: ولا بد من أن يكون الصبي معلوماً[٥] بالمشاهدة[٦]، فلا يصح إبداله[٧].

---

(١) إلا في حال إرضاع الصبي. (قرير).

(٢) قلنا: مجرد التجويز لا يبطل حقه. (بستان معنى).

(٣) قلت: وظاهر المذهب أنه لا يشترط. (بحر). فلها أن تنقله كما تقدم، إلا لشرط، حيث لا حق لها في الحضانة وإلا فلا معنى للشرط، إلا أن تقبل صح ولو كان لها فيه حق. (قرير).

(٤) قلنا: لا معنى للاختلاف. (بحر).

(٥) وترده بالرؤية. (عامر) (قرير).

(٦) أو وصف مميز (قرير). [أي: ينضبط].

(*) لا بالوصف، إذ لا ينضبط. (بستان). وقيل: ولو بالوصف إذا انضبط به. (قرير). ولها رده بالرؤية. (عامر) (قرير).

(٧) إلا أن تكون خاصة فلا يحتاج إلى تعيينه، ويصح إبداله. (كواكب). ولعل كلام الإمام يحيى مبني على أنها مشترك. (قرير).

(*) فرع: ولزوجها وطؤها إن كانت[١] في بيته، خلاف الشافعي، لا إن كانت في بيت الصبي إلا بإذن وليه. (بيان). وذلك لأنه ليس له أن يتصرف في بيت الغير إلا بإذنه. (بستان).

---

[١] إلا في حال الرضاع، ذكره في البحر، بل إذا نام أو روي. (قرير).

(فصل): في تحقيق الأجير المشترك، وذكر أحكامه

أما تحقيقه فقد أوضحه عليه السلام بقوله: **(فإن قدم العمل)** في الذكر[١] على المدة، أو ذكر وحده[٢] **(فمشترك[٣]. وتفسد)** الإجارة **(إن نكّر[٤])** العمل وقدم على المدة، نحو أن يقول: استأجرتك على أن تخيط لي ثوباً هذا اليوم، أو ترعى لي غنماً هذا اليوم **(مطلقاً)** أي: سواء كان في الأربعة[٥] أم في غيرها **(أو عُرِّف[٦])** العمل وقدم على المدة إذا كانت غير صفة[٧]، نحو: استأجرتك على أن تخيط لي هذا الثوب هذا

---

(١) قيل: لا يستقيم إلا في مسألة البريد فقط؛ لأنها صفة، أو في الأربعة فقط.

(*) نحو أن يقول: «استأجرتك أن تسير إلى صعدة في يومين».

(٢) ويسمى خاص المشترك.

(٣) والأولى أن يقال: فإن أفرد العمل معرفاً غالباً فمشترك؛ لأن هذه خاصة المشترك، كما ذكر خاصة الخاص بقوله: «إذا ذكرت المدة وحدها» إلخ. وقولنا: «غالباً» لتخرج الأربعة، فلا بد فيها من ذكر العمل معرفاً مقدماً على المدة. وعبارة الأزهار فيها تسامح في تحقيق المشترك كما لا يخفى في قوله: «فإن قدم العمل فمشترك»، فإن حق العبارة أن يقال: فإن أفرد العمل معرفاً فمشترك. وفي قوله: «أو عرف»، فإن ظاهره أنها تفسد مع تعريف العمل فقط، وهذا لا وجه له، والله أعلم. (حاشية سحولي لفظاً). وأجلى من هذه العبارة وأخصر أن يقال: وتصح إن أفرد معيناً إلا في الأربعة، وتفسد إن نكر مطلقاً. (إملاء سيدنا فخر الإسلام عبدالله أحمد المجاهد رحمه الله) (قرره).

(٤) والمراد بالتنكير عدم التعيين، والتعيين عدم التنكير، لا التعريف بالألف واللام. (نجري).

(٥) لأن في ذلك جهالة تؤدي إلى الشجار، بخلاف ما لو تقدمت المدة معرفة صح مطلقاً، نكر العمل أو عرف، كما مر في الخاص. (نجري).

(٦) المراد بالتعريف التعيين، سواء حصل بالتعريف النحوي أو بغيره، فتعيين العمل كهذا الثوب. (شرح فتح) (قرر).

(٧) يعني: فأما إذا كانت صفة للعمل صحت الإجارة، كمسألة البريد، كما يأتي. قال ابن معرف والفقيهان علي ويحيى البحيبح: وتعرف الصفة بأن يأتي بـ«على» نحو: استأجرتك على أن تخيط لي هذا الثوب هذا اليوم، أو في هذا اليوم، أو استأجرتك اليوم على أن تخيط

=

اليوم فإن الإجارة تفسد، ذكره أبو طالب وأبو حنيفة(١).

وقال أبو مضر وعلي خليل وأبو يوسف ومحمد: بل تصح ويلغو ذكر المدة.

(إلا في الأربعة(٢)) وهم: المنادي(٣)، والحاضنة(٤)، ووكيل الخصومة(٥)،

لي هذا الثوب، وأما إذا كانت المدة غير صفة، نحو أن يأتي بـ«في»[١] نحو أن يقول: استأجرتك تخيط لي هذا الثوب في هذا اليوم، ولا يأتي بـ«على»، فأما لو أتى بهما جميعاً صحت أيضاً؛ لأنهما صفة، قالوا: فهذا محل الخلاف. (نجري).

(*) ومثال الصفة ما سيأتي في مسألة البريد ومن خالف في صفة للعمل أو في المدة.

(*) وهي أن يقول: «استأجرتك أن تسير إلى موضع كذا ثلاثة أيام» فسار خمساً صحت الإجارة. (شرح بحر).

(١) لأنه يؤدي إلى التشاجر في ذلك اليوم.اهـ إذ لو فرغ[٢] في بعض اليوم تشاجرا؛ إذ المستأجر يطلب عمل بقية اليوم لذكر المدة، والأجير يقول: قد عملت المشروط. (بحر).

(*) والوجه فيه أن عقد الإجارة يتردد بين خاصة الخاص وخاصة المشترك، فتفسد لتنافي الأحكام بينهما. (لمعة).

(٢) وقد جمعها بعضهم في قوله:

وكيـــل للخصـــومة ثـــم راعٍ ... وحاضـــنة وسمســـار[٣] منـــادي
كـــذاك معلـــم القـــرآن أيضـــاً ... وصـــاحب صـــنعة فـــافهم مـــرادي

(*) والفرق بين الأربعة وغيرها أن العمل في الأربعة ليس له حد يوقف عليه[٤]، بخلاف الخياطة ونحوها فلها حد يوقف عليه، فكفى ذكره مفرداً معرفاً. (راوع).

(٣) لأن المدة صفة في حقه.

(٤) لأن المدة غير محصورة في حقها.

(٥) ولا بد من ذكر الخصومة، كم يخاصم في اليوم مجلس أو مجلسين أو ثلاثة، وإلا عمل على العرف. (قرير).

---

[١] يقال: لا فرق بين اللفظين، فلا يصح فيها جميعاً. (وابل) (قرير).

[٢] أو العكس فتأمل.

[٣] السمسار -بالكسر-: هو المتوسط بين البائع والمشتري. (قاموس).

[٤] يعني: فلا ينحصر إلا بذكر المدة، ويقاس عليها غيرها من الأعمال مما لا ينحصر إلا بذكر مدته. (بيان معنى). يعني: لأنهما مقصودان.

والراعي[(١)]، فإنه إذا ذكر العمل مقدماً على المدة معرَّفاً لم تفسد الإجارة، وظاهر كلام أبي مضر وعلي خليل والفقيه يحيى البحيبح: أن الأجير مشترك في هذه الأربعة سواء قدم العمل أو أخر[(٢)].

قال مولانا عليه السلام: والأقرب عندي أن المدة إذا قدمت كان خاصاً كغيره. **(وتصح)** الإجارة **(إن أفرد العمل)** بالذكر **(معرَّفاً[(٣)])** ولم تذكر المدة[(٤)]، وذلك نحو أن يقول: استأجرتك على أن تخيط لي هذا الثوب بدرهم[(٥)]، فإن هذا يصح، ويكون مشتركاً قولاً واحداً **(إلا فيها)** أي: في الأربعة التي تقدم ذكرها، فإنه لا يصح إفراد العمل عن المدة **(فيذكران معاً[(٦)])** وإلا لم يصح.

---

(١) وتعليم الصنعة والصبيان، والحامي معين. (بيان). والحارسي، والمهجي. (قررو)[١].

(*) فـرع: وما ولدته البقر أو الغنم فهو غير داخل في الإجارة فلا يضمنه الأجير، بل يكون في يده أمانة، إلا أن يأخذ أجرة على حفظها أو رعيها أو كان العرف جارياً بدخولها - ضمنها. (بيان). وتكون الإجارة فاسدة[٢] لجهالة الأولاد.

(٢) لأن العمل في هذه لا ينحصر إلا بذكر المدة، وكذا ما أشبهها.

(٣) المراد معيناً.

(٤) فيما ينحصر من الأعمال كما تقدم في قوله: «أو ما في حكمها».

(٥) وهذه خاصة المشترك.

(٦) والوجه أن العمل في الأربعة ليس له حد يتوقف عليه، بخلاف الخياطة ونحوها فلها حد يتوقف عليه، فكفى ذكره مفرداً معرفاً؛ ولأنهما مقصودان معاً. (نجري).

(*) إذ هما مقصودان معاً فيلزم تعيينهما، ولأن الأعمال فيها لا تنحصر، فلذا اشترطا. (غيث[٣]، ومفتي).

---

[١] ووجهه: أنه محدود فيها. (قررو).

[٢] فيستحق أجرة المثل. (قررو).

[٣] لفظ الغيث: لأن العمل لا ينحصر في هذه الأربعة إلا بذكر المدة. ويقاس عليها ما أشبهها من الأعمال التي لا تنحصر إلا بذكر مدتها، بخلاف الخياطة والحرث ونحوهما مما ينحصر وإن لم تذكر المدة.

=

(وهو فيهما) يعني: الأجير المشترك في الصحيحة والفاسدة **(يضمن**(١) **ما قبضه**(٢)**)** بحيث تكون اليد له لا للمالك.

(*) **مسألة**: وإذا تداول أهل قرية في رعي بقرهم أو غنمهم فإنه يضمن كل واحد منهم ما تلف منها في نوبته؛ [لأنه أجير مشترك]، وإن سلمها أحدهم في نوبته إلى ابنه الصغير المميز ليرعاها فالضمان[١] على الأب، ذكره المؤيد بالله[٢]. وكذا إذا أذن الآباء [أو جرى العرف بذلك. (قرير)] لأولادهم الصغار في تداول البهائم للرعاة كان الأولاد وكلاء للآباء، والضمان على الآباء. (بيان).

(١) بأوفر القيم من القبض[٣] إلى التلف. (بيان، ومفتي) (قرير). وقيل: يوم القبض. وقيل يوم التلف. (بحر معنى).

(*) إلا لشرط أو عرف[٤] فلا ضمان، فإن لم يكن ثمة شرط ولا عرف بعدم الضمان ضمن.اهـ ولفظ الكواكب: إلا حيث يكون العرف جارياً بأن الأجير المشترك لا يضمن إلا ما فرط في حفظه أو جنى عليه فإنه لا يضمن غير ذلك؛ لأن العرف الجاري كالمشروط في العقد؛ لأن العقد يقع على ما جرت به العادة. (كواكب). قلت: وكالدراهم التي يحملها أهل الأسباب إلى البنادر فلا يضمنونها ولو كانوا أجراء. (مفتي). حيث هم أجراء على الشراء. (قرير).

(٢) لأن علياً عليه السلام ضمن رجلاً حمل قارورة فكسرها، وقال: (لا يصلح[٥] الناس إلا وروي عن ابن عمر. (زهور).

---

[١] يقال: إن استعمله في غير المعتاد لزمته الأجرة، ويكون أجيراً مشتركاً، والضمان في ماله إذا كان لمصلحة، وإن كان لا لمصلحة فكمستعمل الصغير في غير المعتاد [تلزمه الأجرة]. (مفتي). أما الضمان فيضمن الصغير من ماله؛ إذ قد صار غاصباً، والقرار عليه إن جنى أو علم [أنها للغير] كما سيأتي في الفرع السادس. (سماع سيدنا حسن رحمه الله) (قرير). يعني: أنه إما أن يكون أجيراً وإما غاصباً، وكلا الأمرين يوجب الضمان. (سماع سيدنا حسن رحمه الله).

[٢] يقال: الأب أجير مشترك، وللأجير المشترك الاستنابة فيما لا يختلف بالأشخاص، فقد صار الصغير أجيراً مشتركاً فيضمن من ماله. (قرير).

[٣] لأن ما من وقت يمضي فيه إلا وهو ضامن له، ومثله في البيان في الرهن، ولفظه: وهكذا فيما يضمنه الأجير المشترك.اهـ وقرره سيدنا عامر.

[٤] كما يعتاد أهل زماننا في الحامي والراعي أنهما لا يضمنان إلا مع التفريط، لا ما حفظاه حفظ مثله، فإنه يعمل بالعرف إذا كان عرفاً ظاهراً لا يختلف. (بستان).

[٥] ومعنى قوله: (إنه لا يصلح الناس إلى ذلك) معناه: لا يمنعهم من إتلاف أموال الناس، لأنه إذا علم الأجير بالتضمين اشتد حفظه لها، بخلاف ما إذا علم أنه لا يضمن فإنه ربما يقصر في حفظه، فشرع التضمين زجراً، كما شرع القصاص زجراً عن القتل. (شرح بحر).

=

قال في مهذب الشافعي: فلو استأجره ليخيط له في بيته[١] أو دكانه لم يضمن الأجير. ورواه[٢] أبو مضر عمن ضمنه[٣] من الحنفية[٤]، قال: وكذا عندنا.

قال مولانا عليه السلام: وقياس المذهب أنه يضمن ما نقله إلى حجره أو لزمه بيده[٥] ولو في دكان المستأجر؛ لأن اليد له[٦] **(ولو)** قبضه **(جاهلاً)** نحو أن

(*) وأما من استؤجر على حفظ الحانوت المغلق أو حظيرة العنب ونحوه من خارج جدراتها فظاهر الأزهار لا يضمن، وبه عمل بعض الحكام. وقرر السيد العلامة أحمد الشامي أنه يضمن غير الغالب؛ لجري العرف بذلك. (قرير). ولا يشترط في مثل هذا قبض المال وثبوت يده الحسية عليه[١]، وإنما يشترط ثبوت يده على الحانوت وقت حفظها وحراستها. فإن وقع اختلاف في وقوع التفريط فالقول قول من الظاهر معه، كأن تصبح الحانوت مفلوسة أو مقلوعاً بابها، وإن وقع الاختلاف في القدر المأخوذ منها فالبينة على صاحب المال. (من جوابات المتوكل على الله عادت بركاته. (قرير).

(*) ولو بالتخلية الصحيحة مع علمه في الأصح. (حاشية سحولي) (قرير).

(١) يعني: في بيت المستأجر.

(٢) أي: روى عدم الضمان عمن يقول بتضمين الأجير، وهو أبو يوسف ومحمد.

(٣) أي: ضمن الأجير.

(٤) أبو يوسف ومحمد. لأنهم يختلفون، فمنهم من يضمنه ومنهم من لا يضمنه.

(*) وأما أبو حنيفة فهو لا يضمن لا خاصاً ولا مشتركاً.

(٥) وتلف تحت يده[٢] أو السبب منه. (قرير).

(٦) إلا حيث يكون العرف جارياً بأن الأجير المشترك لا يضمن إلا ما فرط في حفظه أو جنى عليه فإنه لا يضمن غير ذلك؛ لأن العرف الجاري كالمشروط في العقد؛ لأن العقد يقع على ما جرت به العادة. (كواكب). قلت: وكالدراهم التي يحملها أهل الأسباب إلى البنادر فلا يضمنونها ولو كانوا أجراء. (مفتي).

---

[١] هذا هو المختار. لكنه يخالف قولهم: «يضمن ما قبضه»، وقد أخذه بعضهم من الكفالة في قوله: «وضمنت ما يغرق أو يسرق إلا لغرض»، وهنا غرض.اهـ وهو مأخذ جيد.

[٢] في تلك الحال، لا إذا زالت يده. (قرير).

=

يسوق المستأجر للراعي بعض بهائمه(١) فيدخلها في المواشي من غير علم الراعي(٢) فإنه يضمنها إذا ساقها(٣) وإن لم يعلم بها.

قال الفقيه يحيى البحيبح: والتخلية كالقبض وإن لم يعلم.

قال الفقيه علي(٤): الأولى أنها لا تكون كالقبض إلا مع العلم(٥).

قال الفقيه حسن(٦): ولو كان له موضع معتاد تجمع إليه البقر فساق رجل بقرته إلى ذلك الموضع كان كالقبض(٧).

(*) بحيث يكون القول قوله لو تداعيا. وفي الغيث: يضمن ما نقله وتلف تحت يده[١].

(*) إلا لشرط أو عرف فلا ضمان، فإن لم يكن ثم شرط ولا عرف بعدم الضمان ضمن. (كواكب).

(١) التي عقد عليها الإجارة. (قرير).

(٢) إذا أشهد أو صادقه الراعي. (قرير).

(٣) إذا كان قد تقدم عقد إجارة. (زهور). أو جرى عرف بعدم عقد الإجارة. (قرير).

(٤) قوي في الصحيحة.

(٥) في العقد الصحيح. (قرير).

(*) لا ما لم يعلم بها فلا تدخل في ضمانه. (قرير).

(٦) أو كان عادته يرعى البقر بغير استئجار. (زهور). مع العلم. (قرير).

(٧) مع العلم. (قرير).

(*) أو ساق وإن لم يعلم. (قرير).

(*) قوي مع العلم[٢]، وكان العقد صحيحاً[٣]. وظاهر شرح الأزهار[٤] أنه يضمن بالتخلية مع العلم ولو فاسداً.

---

[١] أو السبب منه (قرير).

[*] في تلك الحال، لا إذا زالت يده. (قرير).

[٢] وتقدم عقد الإجارة في غير المحقر.

[٣] أو كان محقراً. (قرير).

[٤] بل ظاهر البيان في «فصل: قبض المبيع بالتخلية» اشتراط كون العقد صحيحاً. (قرير).

=

(إلا من) الأمر **(الغالب**(١)**)** فإنه لا يضمن(٢)، واختلف في تحقيقه، فقيل: ما لا يمكن الاحتراز منه. قال الفقيه علي: يعني حالة حصوله، فأما من قبل فكل واحد يمكنه الاحتراز.

(*) يعني: مع الإجارة على رعي تلك البقر[١] والغنم. (زهور) (قرير). أو تكون في المحقرات التي لا تحتاج إلى عقد، أو جرى عرف أن هذا يعمل بالأجرة ولا يقتصر، بل يرعى ما جيء به إليه ضمن. (غيث[٢]).

(١) **مسألة**: من أمسك الراعي حتى افترس الذئب الغنم، فإن قهره الممسك فلا ضمان على أيهما[٣]، إلا أن يكون الراعي مضمناً من الغالب ضمن ورجع على الممسك، وإن كان يمكن الراعي التخلص والدفع عن نفسه ولم يفعل فإنه يضمن، ويرجع على الممسك[٤] له؛ لأنه غرم لحقه بسببه، ذكره كثير من المذاكرين. (بيان لفظاً من الغصب).

(٢) ولا أجرة. (قرير).

(*) **فرع**: وكذا فيمن ربط جمله إلى القطار فإنه لا يدخل في ضمان الأجير الذي يقود إلا أن يعلم به وعادته أخذ الأجرة ممن ربط جمله، وإن لم يعلم[٥] لم يضمنه إلا أن يجني عليه. (بيان بلفظه). لكن إذا جنى هذا المربوط جناية يجب فيها الأرش فإنه يضمنها القائد؛ لأنه أثر فعله، لكنه يرجع بها على الرابط مع جهله. (هاجري[٦]) (قرير).

---

[١] يعني: مع العلم بها. (زهور، وبيان).

[٢] لفظ الغيث: فأما لو أدخل رجل لم يستأجره بهيمته بين المواشي فقال الفقيه يحيى البحيبح: لا ضمان على الراعي إلا بالجناية. قال الفقيه علي: إلا أن يكون ثم عرف أن هذا يعمل بالأجرة ولا يقتصر، بل يرعى ما جيء به إليه - ضمن.

[٣] القياس الضمان على الممسك.

[*] أما الممسك فلأنه لم يباشر الإتلاف، وأما الراعي فلأن هذا أمر غالب. إلا أن يكون مضمناً من الغالب على القول بصحته كما مر، ويرجع على الممسك؛ لأنه غرم لزمه بسببه. (بستان). والقياس الضمان على الممسك؛ لأنه لم يوجد من يتعلق به الضمان. (شامي) (قرير). وهو يؤخذ من الأزهار من قوله: «وبإزالة مانعها من الذهاب أو السبع» إلخ.

[٤] حيث خشي الضرر مع التخلص، وإلا فلا يرجع. (تهامي) (قرير).

[٥] لعله حيث لم يسق، فإن ساق ضمن ولو جاهلاً.

[٦] وعليه الأزهار في قوله: «فأما رفسها فعلى السائق».

وقد يقال: ما لا يمكن دفعه(١) مع المعاينة(٢)، كالموت(٣) والحريق(٤) العام والسلطان(٥) الجائر واللصوص المتغلبين. لا السرق والنسيان والإباق(٦)

---

(١) عرفاً، ليخرج ما أتلفته الحشرات ونحوها، وقواه سيدنا عامر؛ لعدم المعاينة عادة. قلت: وظاهر المذهب أنه يضمن لسع الحشرات؛ إذ تعتبر المعاينة لا العادة. (مقصد حسن معنى) و(قررو).

(٢) وحيث يمكن حفظ البعض دون البعض فلعله يقال: يضمن قيمة الأكثر[١] مما يمكنه حفظه، ويقسطها بين أرباب الثياب[٢] أو الغنم أو الزرع لكل بقدر قيمة حقه. (بيان). وهكذا في الراعي إذا كثر عليه الذئاب في حالة واحدة، وهكذا الحامي إذا كثرت عليه الطير أو الجراد في حالة واحدة، ويجب عليه الخروج من الصلاة كإنقاذ الغريق. (قررو). في غير ملكه. (بيان معنى). وأما مالك الغنم ونحوها فلا يجوز له الخروج من الصلاة ما لم يخش فوت الغنم، ومع الخشية قال الفقيه يحيى البحيبح: لا يجوز الخروج منها إلا أن يكون تلف الغنم ونحوها يضر به جاز. والأقرب أنه يجب الخروج مطلقاً، كما في إنقاذ الغريق من الحيوان. فلو كان يخشى المالك أخذ الغير للغنم ونحوها جاز له الخروج ولا يجب، ذكره الفقيه حسن. والأقرب أن يجب؛ دفعاً للمنكر. (بيان بلفظه).

(*) ولا الاحتراز[٣] منه قبل حدوث أمارة قاضية بذلك. فأما حيث قد كان أمكنه الاحتراز من الظالم برفع المال إلى موضع آخر قبل وصول الظالم، وبعد الظن بأنه يصل- فإنه يضمن؛ لأن ذلك تفريط في الحفظ، ذكره في البرهان والكواكب. (بستان).

(٣) والجراد، والسيل والبرد في غير وقت الأمطار.

(٤) والتردي والنطيحة مضمونان، وكذلك السقوط من فوق الرأس؛ لأن علياً عليه السلام ضمنه، وقال: (لا يصلح الناس إلا بذلك).

(٥) حيث لم يمكن الاحتراز [مع العلم أو الظن، وإلا فلا ضمان. (قررو)] منه قبل حصوله، وإلا فهو يجب عليه الحفظ ولو بدفع مال.

(٦) نحو أن يستأجره على تعليم عمل ثم أبق. (حثيث).

---

[١] وقيل: الأقل؛ لأن الأصل براءة الذمة من الأكثر؛ إذ لو فرض أنه يمسك الأدنى من الغنم لم يلزمه إلى ذلك. (عامر).

[٢] فإن حضر وحفظ واحداً كان لمالكه، ولا شيء للآخرين؛ لأنه قد فعل ما قدر عليه، وما عداه غير مقدور، فلا ضمان عليه فيه. (شامي) و(قررو).

[٣] لفظ الحاشية في نسخة: ولا الاحتراز منه قبل حصوله. (حاشية سحولي).

وفريسة الذئب في حال الغفلة(١) فيضمن(٢) ذلك. **(أو)** كان التلف واقعاً **(بسبب من)** جهة **(المالك(٣)، كإناء مكسور)** يضع فيه سمناً **(أو شحن(٤))** شحناً **(فاحشاً)** ثم استأجر من يحمله على تلك الصفة، فإن الحامل لا يضمنه(٥)

---

(١) وكذا يضمن ما تعثر به، أو سقط من يده أو من فوق رأسه بغير اختياره، أو الدابة إذا تعثرت أو سقطت أو صدمت حجراً. (بيان). أو ينطح بعضها بعضاً فإنه يضمن، ما لم تجر العادة بعدم التحفظ منه فلا يضمنه. (قرير).

(٢) وكذا الطلب.اهـ ولا يضمن الراعي الطلب إلا إذا جلس في غير الموضع المعتاد. بل يضمن ولو جلس في الموضع المعتاد، ما لم يكن الطلب شاملاً لجميع مواضع المحل الذي وقعت فيه الإجارة فلا يضمن؛ لتعذر الاحتراز؛ إذ لا يجب عليه الانتقال، فيبقى على ذلك ما لم يشرط عليه الانتقال. (قرير).

(٣) الأولى: المستأجر. [ليدخل الولي والوكيل].

(٤) فلو شحنه البائع واستأجر المشتري من يحمله له ثم تلف؟ قيل[١]: يضمن على ظاهر الكتاب، ولعله يرجع على[٢] البائع؛ لأنه غرم لحقه بسببه. وظاهر التذكرة أنه لا ضمان على الأجير؛ لأنه قال: «إلا لعيب في الظرف أو للشحن الفاحش».

(*) **فائدة**: قال في روضة النواوي: لو استأجره لبناء درجة فلما فرغ منها انهدمت في الحال، فهذا قد يكون لفساد الآلة وقد يكون لفساد العمل، فالرجوع فيه إلى أهل المعرفة، فإن قالوا: هذه الآلة قابلة للعمل المحكم، وهو المقصر - لزمه غرامة ما تلف. (قرير).

(٥) قال أبو طالب عليه السلام: ويستحق الأجرة إلى الموضع الذي انتهى إليه[٣]؛ لأن المستأجر قد استوفى ما وقع عليه عقد الإجارة إلى الموضع الذي انتهى إليه. (شرح بحر). إذا كان قد سلمه إلى المالك في ذلك الموضع، وإلا فلا شيء؛ إذ بطل عمله قبل التسليم. وقيل: ولو لم يسلمه؛ لأن السبب لما كان من عند المالك فكأنه قد قبض في ذلك المكان. (تهامي).

---

[١] لفظ الحاشية في نسخة: فلو باع السمن في زِقٍّ إلى آخر ثم استأجر المشتري على حمله، والشحن من عند البائع، ثم تلف - فلعله يضمنه الأجير، وهو ظاهر الأزهار. (مفتي). ولعله يرجع على البائع.. إلخ.

[٢] ينظر في الرجوع على البائع؛ لأنه غير متعد ببيع ملكه.

[٣] وقيل: لا أجرة؛ لأنه تلف عمله قبل التسليم.

=

إذا تلف بذلك السبب[(١)]؛ لأن الجناية وقعت من المالك.

(و)الأجير المشترك **(له الأجرة بالعمل**[(٢)]**)** فما بطل من عمله قبل تسليمه سقط بحصته[(٣)] **(و)**له[(٤)] ....

(*) وهذا إذا لم يعلم الأجير بذلك قبل التلف؛ إذ لو علم به لزمه الإصلاح، فإن لم يفعل ضمن. (كواكب) (قرير).

(*) إن جهل ذلك، وإن علم فعليه[١] إصلاحه، فإن لم يفعل مع علمه وتمكنه ضمن، والقول قوله في عدم العلم، والبينة عليه في أن الكسر والشحن من المالك، ذكر ذلك في البيان.

(١) وعليه البينة أن تلفه بذلك.

(٢) مع تسليم العين كما يأتي.

(*) أو تمضي المدة في المنادي. (قرير).

(*) والمراد بالعمل مع وقوع التسليم للمعمول فيه بقبض أو تخلية[٢]، وإلا فلا أجرة، بخلاف الخاص كما تقدم فيستحق بمضي المدة مع تخلية نفسه للعمل أو فعله ما لا يمنع من عمل المستأجر. (حاشية سحولي).

(٣) وقد حدثت هذه المسألة في حوث، وهو أن رجلاً استأجر آخر أن يخيس له جربة فصلبت قبل أن يسلمها إلى صاحبها، فأفتى السيد محمد بن أبي القاسم بوجوب الأجرة، ولم يستحسنه الفقيه حاتم بن منصور؛ لأن المنفعة تلفت تحت يده.اهـ ومثله في تذكرة علي بن زيد. قال سيدنا أحمد بن محمد مرغم: والتسليم في غير المنقول إمكان التصرف، فالحرث للأرض، والسكون للدار. قلت: هذا في العين المستأجرة، وليس مما نحن فيه. (مفتي). ولفظ الكواكب: قبل التسليم إلى يد المالك.

(٤) وكذا الخاص. (قرير).

(*) ولو الإجارة فاسدة.

---

[١] ولو بأجرة، ويرجع بها عليه. والإصلاح بأن ينقص من الفاحش. (بيان). لعله حيث وجد إناء للمالك أو مباحاً لا ملك نفسه أو بأجرة فلا يجب عليه، والله أعلم. (قرير). فإن كان في مفازة هل له أن يصبه إلى الأرض أم لا؟ أجاب المفتي: أنه يلزمه الضمان. لجواز أن يوجد ما يفرغه إليه قبل فوات السمن. (هامش بيان).

[٢] إن حضر المعمول أو المحمول. (تذكرة لفظاً).

(حبس العين لها[١]**)** أي: حتى يستوفي[٢] أجرته، ولا يحتاج إلى حكم حاكم، وكذلك كل عين تعلق بها حق، كالمبيع في البيع الصحيح والفاسد لو تفاسخا، أو المعيب، أو المزارعة الفاسدة[٣]، فإن له الحبس في هذه حتى يسلم ما هو له[٤] **(و)**إذا حبس العين لاستيفاء الأجرة لم يتغير الحكم وبقي **(الضمان**[٥] **بحاله)** على ما كان عليه، أي: ضمان أجير مشترك[٦]، لا ضمان رهن أو غصب[٧].

(و)إذا تلف المصنوع في يد الصانع والمحمول في يد الحامل قبل التسليم إلى صاحبه فضمن قيمته فإن أجرته **(لا تسقط)** بضمان القيمة **(إن ضَمَّنَه)** أي:

---

(١) لا فوائدها [لأنه لم يتعلق له بها حق. (شامي)].

(*) وما غرم عليها الحابس فله الرجوع إن نوى. (قررو).

(٢) ويستحق الراعي أجرتها على الرعي مدة حبسها. (قررو). وكذا كل عين غرم عليها الحابس غرامة فله الرجوع. (قررو). إن نوى. (قررو).

(٣) حيث البذر من المالك. [أو من المستأجر وله عناية في الأرض. (قررو)].

(٤) من ثمن أو أجرة.

(٥) ويسقط الضمان بالتخلية إن حضر المعمول أو المحمول ولا مانع، وتجب الأجرة. (تذكرة لفظاً).

(٦) ويكون عليه بأوفر قيمة من القبض إلى التلف. (سماع) (قررو).

(٧) لأن ضمان الأجير المشترك بخلاف ضمان الرهن، من حيث إنه لا يضمن الغالب إلا بالتضمين، ويتفقان في أن الضمان بأوفر القيم، ذكره في البيان وفي البستان وفي شرح الذويد على التذكرة. (مفتي).

(*) وأما المبيع فإن كان الفسخ بحكم أو بخيار رؤية أو شرط فأمانة، وإن كان بالتراضي فمضمون عليه، كالشفعة إذا سلمت بالتراضي وتلفت قبل التسليم تلفت من مال المشتري. (مفتي). والمختار أن ما تلف قبل القبض أو التخلية الصحيحة بعد التفاسخ تلف من مال المشتري، سواء كان الفسخ من حينه أو من أصله.

ضمنه المالك إياه(١) **(مصنوعاً(٢) أو محمولاً(٣))** وأما إن ضمنه قيمته غير مصنوع أو محمول فلا أجرة له.

قال الفقيه علي: فلو كان مثلياً أو استوت القيمة(٤) فلا فائدة إلا في سقوط الأجرة(٥).

---

(١) فإن قيل: لِـمَ يستحق الأجرة وهو لم يسلم العمل؟ فالجواب أن تضمينه محمولاً بمنزلة تسليم العمل. (تعليق الفقيه علي).

(٢) قال في البيان: **فـرع**: فلو استوت قيمته في الحالين أو تلف بأمر غالب بحيث لا يجب الضمان فقال الفقيه علي[١]: لا تجب أجرة[٢] الحمل. وقال في التفريعات: تـجب[٣].

(٣) قال الفقيه علي: وإذا ضمنه محمولاً أو مصنوعاً كان ذلك كتسليم العمل إلى المالك. (زهور).

(*) يقال: لو زادت القيمة في المصنوع والمحمول على الأجرة المسماة هل يضمنها الأجير؟ مفهوم الأزهار ذلك. مثاله: لو استأجره على عمل سكاكين كل سكين بدرهم، وقيمة الحديد قبل الصنعة ثلاثة دراهم، وبعدها ثمانية فيلزم، أن يضمن خمسة دراهم. (قرر).

(*) وهذا حيث تلف بعد صنعته أو صنعة بعضه، أو حمله أو حمل بعضه، قبل الوصول أو بعده - فإنه يخير المالك، وأما قبل ذلك فإنه يضمنه[٤] على صفته ولا خيار. (قرر).

(*) مع الصنعة أو الحمل. (بيان). وأما قبل ذلك فلا يستحق إلا القيمة. (قرر).

(٤) في أي موضع أراد. (تعليق الفقيه علي). لكن إن طلب قبل فلا أجرة، وإن طلب بعد لزمته الأجرة. (قرر).

(٥) حيث ضمنه غير مصنوع وغير محمول. (قرر).

---

[١] كلام الفقيه علي قوي في الطرف الأخير، وكلام التفريعات قوي في الطرف الأول، وذلك حيث ضمنه مصنوعاً.

[٢] في الغالب. (قرر).

[٣] في غير الغالب. (قرر).

[*] وكذا إن كان مثلياً يضمن بمثله فقال الفقيه علي: لا أجرة. وقال في اللمع عن القاضي زيد: بل يكون المالك مخيراً بين أخذ مثله في موضع التلف وتجب الأجرة إلى حيث تلف، أو أخذ مثله في موضع العقد ولا أجرة. (كواكب).

[٤] يعني: القيمة.

=

وقال المؤيد بالله: لا خيار للمالك. وله قولان: قول إنه يضمنه قيمته يوم قبضه في موضعه[١]؛ لأنه دخل في ضمانه في هذا الوقت، وقوله الأخير: يضمنه قيمته يوم التلف[٢]. **(وعليه أرشُ يسيرٍ[٣] نقص بصنعته[٤])** فلو دبغ الأديم فنغل[٥]، أو صنع الحديد فاحترق، أو الخشب فتكسر - فإنه ينظر في النقص: فإن كان يسيراً -وهو النصف فما دون- ضمن الأرش فقط للمستأجر، وهو ما بين القيمتين[٦] **(وفي الكثير)** وهو ما فوق النصف **(يخير المالك[٧] بينه وبين**

(*) يعني: بذلك: أن الأجرة تسقط إن ضمنه قبل الصنعة، لا إن ضمنه بعدها فلا تسقط. (لمعة) (قرر).

(*) فتسقط الأجرة؛ لأن له المطالبة بالمثل.

(١) ولا أجرة.

(٢) وتلزم الأجرة.

(٣)واعلم أن اليسير يختلف باختلاف أبوابه، فاليسير في الزكاة والبيع نصف العشر فما دون، وفي الربا ما لا قيمة له، وفي الإجارة والغصب والرهن النصف فما دون، واليسير في الأضحية دون الثلث، وما زاد على ذلك فهو الكثير بالنظر إلى كل محل في بابه. (قرر).

(*) المراد ما كان مضموناً على الأجير، وهو ما زاد على المعتاد في الصنعة. (قرر).

(*) إذا غيره إلى غير غرض. (قرر). وإلا خير بينه وبين القيمة، كما في الغصب. [وهو مفهوم كلام البيان حيث قال: لأن ذلك لا يوافق أغراض الناس. (قرر)].

(٤) أو بغير صنعته حيث يجب عليه الضمان، فعلى هذا حق العبارة: أرش يسير نقص مضموناً عليه. (حاشية سحولي) (قرر).

(*) مما يمكن الاحتراز منه. (بيان بلفظه).

(٥) نغل الأديم نغلاً من باب تعب: فسد، فهو نغل بالكسر، وقد يسكن للتخفيف. (مصباح).

(٦) معيباً وغير معيب قبل الصنعة.

(٧) فرع: وهذا الخيار فيما كان مضموناً كالرهن والمغصوب وما في يد الأجير المشترك، لا فيما كان غير مضمون[١] وحصلت عليه جناية فلا خيار فيه، بل يجب أرش الجناية مطلقاً. (بيان) (قرر).

----

[١] كمن جنى على بهيمة الغير. (بستان).

=

القيمة) أي: بين أن يأخذه مع الأرش أو يأخذ قيمته يوم قبضه، إلا أن يأخذ(١) أجرة عمله ضمنه معمولاً(٢).

وقال المؤيد بالله وأبو حنيفة: لا خيار له(٣)، بل يأخذه مع الأرش مهما بقي له قيمة. قال الفقيه علي: وللمؤيد بالله قول مع الهدوية.

(ولا أرش للسراية(٤) عن المعتاد ....

(*) قال الفقيه يوسف: وإذا اختار المالك أحدهما لم يكن له الانتقال إلى الثاني؛ لأنه كأنه قد أبرأ الأجير منه. (بيان) (قرير).

(١) الأولى أن يقال: إلا أن يضمنه إياه معمولاً لزمته الأجرة.

(٢) إن رضي المالك؛ لأن الخيار له. (قرير).

(٣) يقال: هذا هو الحق؛ لأن العين لم تتلف، وإنما تلف بعض عينها ونحوه ، فاللازم هو ضمان المتلف لا غير، وباقي العين في ملك مالكها لا يرفعه ذلك الفعل أصلاً، ولا يدخله في ملك الفاعل أبداً. (محيرسي).

(٤) فإن قطع البصير المعتاد فخبثت فهلك الصبي بمباشرة[١] سبب ذلك المعتاد[٢] ففي البيان: لا ضمان، وهو ظاهر الأزهار[٣]، وقرر هذا القاضي محمد السلامي، وقد وقعت في رجل قطع له طبيب فهلك بالمباشرة بسبب المعتاد، فأخذ كثير من العلماء بظاهر الأزهار أنه يضمن، وأفتى القاضي محمد بعدم الضمان، ونقل ذلك عن البيان.

(*) فلو فعل بغير إذن العليل الكبير[٤] وولي الصغير ضمن بكل حال، لأنه متعد ولو أصاب. (شرح بحر) (قرير). قلت: إن كان يتلف[٥] فكإنقاذ الغريق. (مفتي). يقال: الغريق يعلم بالإنقاذ حياته، بخلاف العليل. (قرير).

(*) لأنها فعل الله تعالى، ولا تعدي منه في الفعل.

---

[١] في نسخة: بالمباشرة بسبب ذلك المعتاد.

[٢] والمعتاد: هو الذي لا تمكن إزالة العلة إلا به.

[٣] في قوله: «قيل: والمعتاد خطأ» في الجنايات.

[٤] فإن امتنع العليل لم يحل ذلك وإن اقتضى العقل حسن ذلك؛ لأنه مخالف للشرع.

[٥] في هامش البيان: إن كان لخشية تلف... إلخ.

=

من بصير(١)**)** **فإذا استؤجر الخاتن أو نحوه**(٢) **فحصل مضرة من عمله لم يضمن بشروط ثلاثة: الأول: أن يكون عن سراية، فلو كان عن مباشرة**(٣)**، نحو أن يقطع حشفة الصبي**(٤) **ضمن، عمداً**(٥) **كان أو خطأً**(٦)**.**

(*) **فرع**: فإن كان الطبيب ونحوه[١] عبداً كان ما لزمه من الضمان في رقبته، ضمان معاملة[٢] إذا كان مأذوناً له ولو جنى عمداً [٣]، وإن كان غير مأذون كان الضمان في ذمته متى عتق ولو جنى عمداً، ولو جهل المستأجر له كونه عبداً، إلا أن يحصل منه إيهام بأنه حر أو بأنه مأذون له كان الضمان في رقبته ضمان جناية. قال الفقيه يوسف: وحيث يكون غير مأذون يضمن بكل حال[٤] ولو فعل المعتاد[٥]؛ لأنه متعد. (بيان بلفظه). وقيل: إذا فعل المعتاد بإذن العليل لم يضمن. وقرره الشامي. (قرر).

(١) وهو من يعرف العلة ودواءها وكيفية علاجها، ويثق من نفسه بذلك. (كواكب). وفعل مرتين فأصاب، فإن أخطأ في الثالثة فليس بمتعاط. (ديباج).

(*) حر مأمور بالعمل، ولم يُبْرأ، وفي العبد التفصيل، وإلا ضمن غالباً؛ ليخرج إفضاء الزوج لزوجته بشروطه كما تقدم. ولو فعل المتعاطي المعتاد مأموراً ولم تحصل جناية فلا ضمان، وبغير أمر يضمن ولو لم يفعل إلا المعتاد. (حاشية سحولي) (قرر). الظاهر الأجرة.اهـ يعني: في الطرف الأول، وأما الثاني فلا كلام أنه لا يستحق شيئاً.

(٢) الحاجم والفاصد ومستخرج الحصاة والمجبِّر.

(٣) وهو ما زاد على المعتاد. (بيان معنى) (قرر).

(٤) هذا غير معتاد فتأمل. (سماعاً).

(٥) أرش باضعة إن لم يتلف. بل الدية في الحشفة؛ لأن في باقيه حكومة، كما يأتي في الجنايات. (قرر).

(٦) إلا أن يبرأ من الخطأ قبل العمل وهو بصير. (غيث) (قرر).

---

[١] الحاجم والفاصد ومستخرج الحصاة والمجبر والكاوي.

[٢] فيتعلق برقبته وما في يده على الخلاف في البيوع، ويضمن في هذه الصورة حيث يضمن الحر على ما تقدم من التفصيل. (يستان).

[٣] لأنه أشبه ما أخذ برضا أربابه من المال، وقد قالوا: يتعلق برقبته وما في يده ولو أتلفه بجناية. فينظر. (شامي).

[٤] السراية والخطأ والعمد.

[٥] ينظر هل ولو كان مما يستباح بالإباحة، كما هو ظاهر العبارة؟ (مفتي).

=

الشرط الثاني: أن يفعل المعتاد، فلو فعل غير المعتاد ضمن[١].

الشرط الثالث: أن يكون بصيراً، فلو كان متعاطياً ضمن[٢].

تنبيه: قال في الكافي: يجوز للأب[٣] أن يأمر الطبيب الحاذق[٤] البصير أن يقطع مثانة[٥] الصبي لإخراج الحصاة.

قال: ولو استأجر طبيباً للمداواة كل يوم بأجرة معلومة جاز ذلك عند أصحابنا[٦]، وله ما سمى[٧] إن برئ، وإلا فأجرة المثل وقيمة الأدوية.

(*) وإن اختل شيء من ذلك فسدت الإجارة واستحق أجرة المثل، برئ أم لم يبرأ. (سحولي).

(١) فإن ختن الصبي بغير إذن وليه ضمن الخاتن، وتكون باضعة.اهـ وقيل: باضعتين. وقيل: أربع بواضع. وفي جواب الإمام المتوكل على الله عليه السلام: أنها جناية توجب الإثم والتأديب، لا الأرش.

(٢) ولا يجوز لهم الإيهام أن الدواء بأكثر مما هو عليه.

(*) ظاهره ولو فعل المعتاد.اهـ وفي البيان: يضمن ما أعنت بالمباشرة، وهو الزائد على المعتاد، ولو شرط البراءة، وأما ما سرى من المعتاد إلى تلف أو ضرر فقال في الشرح: يضمن أيضاً. وقال في اللمع والتقرير: لا يضمن[1]. (بيان).

(*) ولو فعل المعتاد. (قررو). إذا لم يؤمر. (قررو).

(٣) بل يجب.

(*) وكذا سائر الأولياء.

(٤) الماهر العارف.

(*) لا فائدة للحاذق.

(٥) وهو عرق بين السبيلين.

(٦) فإن شرط البراءة[2] فسدت؛ إذ ليست بمقدورة له، فيلزم أجرة المثل. (قررو).

(٧) ولعله يدخلها التعليق.

---

[١] قوي. (عامر). واختاره الإمام المتوكل على الله عليه السلام.

[٢] فإن شرط أنه إن لم يبرأ فلا شيء له من الأجرة لم يلزمه إذا لم يبرأ إلا قيمة الأدوية إذا كانت منه كما تقدم. (قررو).

وقال مالك: لا شيء له إن لم يبرأ.
وقالت الحنفية: له ما سمى(١) برئ أم لا.
قال مولانا عليه السلام: وما حكاه لأصحابنا ينبغي أن ينظر في تحقيقه(٢).

(والذاهب(٣) في الحمام) يجب ضمانه **(بحسب(٤) العرف)** لأن الحمامي كالأجير المشترك في ضمان اللباس(٥) والطاسة وما أشبه ذلك إن جرى عرف

---

(١) إن كانت الإجارة صحيحة، وإلا فأجرة المثل. (قرر).

(٢) والتحقيق أن يقال: إن كانت الأدوية من العليل فلا بد من كونها موجودة في ملكه، معلومة، معينة، ويستأجر الطبيب على أن يداوي بها في مدة معلومة على صفة معلومة، فإن شفي في أول المدة استحق الأجرة المسماة، وبقيت الأدوية لمالكها، وإن لم يشف حتى مضت المدة استحق المسمى. وإن كانت الأدوية من الطبيب فلا بد من كونها موجودة في ملكه معلومة، ويعقد البيع[١] عليها صحيحاً، وعلى أن يداويه بها مدة معلومة على صفة معلومة، فإن شفي في أول المدة استحق الثمن والأجرة[٢] المسماة جميعاً، وباقي الأدوية للمشتري، وكذا لو مضت المدة مع استعمال الأدوية استحق الثمن والأجرة المسماة وإن لم يحصل الشفاء. (من إملاء سيدنا عامر الذماري رحمه الله) (قرر).

(٣) وذاهب مسجد وسمسرة[٣] عامة وحمام عام وسفينة عامة يكون الضمان فيه حسب[٤] عرف. (فتح). وكذا المعلم يضمن ما ذهب في معلامته، أي: مكتبه. (قرر).

(٤) وإنما قال عليه السلام: «بحسب العرف»؛ لأنه قال سابقاً: إن المشترك يضمن ما قبضه. والحمامي لم يقبض، فقال: «بحسب العرف» لأجل ذلك.

(٥) وهل يشترط أن ينقل الحمامي الثياب أم تكفي التخلية؟ قيل: يشترط؛ لأنها إجارة فاسدة، فلا يضمن إلا ما نقل، قاله المذاكرون. وقيل: لا يشترط، فيضمن وإن لم ينقل، ولعله أولى.اهـ لأنه كالمحقرات.اهـ وتكون الإجارة صحيحة؛ لعمل المسلمين عليها من دون تناكر سلفاً عن خلف، وهي مما خصه الإجماع. (بهران). وإن كان فيها أعيان معاوضة. (قرر).

---

[١] وقيل: لا يحتاج إلى لفظ «البيع»، ويكون كالبيع الضمني، كما يأتي في المغارسة.

[٢] فإن كان على خلاف ذلك فهي فاسدة، فيستحق أجرة المثل برئ أم لا. (عامر) (قرر).

[٣] وهو الخان الذي ينزل فيه المسافرون.

[٤] إذا استؤجرت المسجد والمشهد.

=

بتضمينه[(١)]، وإنما يضمن بشرطين: الأول: أن يضع الثياب في حضرته أو في حضرة أعوانه[(٢)].

الثاني: أن يترك الثياب[(٣)] في الموضع المعتاد، لا لو أدخلها في البيت الداخل. والقول للحمامي في قيمة ما ذهب وعينه[(٤)].

قال الفقيه يوسف: إلا أن يدعي شيئاً لا يلبسه الداخل فعليه البينة.

(*) إذا تصادقا على دخوله بذلك. (قرير).

(١) فإن لم يجر عرف ضمن؛ لأنه أجير مشترك، وسواء نقل أم لا. (قرير).

(*) صوابه: إن جرى عرف بعدم تضمينه لم يضمن، وإلا ضمن؛ لأنه أجير مشترك. (قرير).

(٢) وكذا لو جرى عرف بالوضع في غيبته أو غيبة أعوانه. (صعيتري). مع العلم. [والمختار ما في الكتاب].

(*) والضمان عليهم إن كانوا أجراء.

(٣) لا الدراهم والدنانير[١] وكل ما لا حاجة إلى إدخاله. (قرير).

(٤) أما في العين فكمسألة القصار[٢]، أو اختلافهما بعد تلفه حيث ادعى الحمامي أن التالف قطن وادعى الداخل أنه حرير. (قرير).

(*) بعد التلف.

---

[١] فلا يضمن إلا ما قبض. (قرير).

[٢] فمن عيَّن بيَّن، وهذا وجه التشكيل، ولعله يستقيم مع التلف. (قرير).

(فصل): فيما للأجير بعد عقد الإجارة وما يتعلق[١] بذلك

(وللأجير[٢] الاستنابة[٣] فيما لا يختلف بالأشخاص[٤]) فإذا استؤجر على عمل فله أن يستأجر من يعمله[٥] إذا كان ذلك العمل لا يختلف بالأشخاص، فإن كان يختلف كالحج[٦] والحضانة[٧] ومن عمله دون عمل الأول لم يجز، إلا أن يشرط[٨] لنفسه ذلك أو يجري العرف به فإنه يجوز له وإن اختلف **(إلا لشرط[٩])** من المستأجر على الأجير أنه لا يستنيب **(أو)** يكون ثم **(عرف[١٠])**

---

(١) الفسخ.

(٢) المشترك لا الخاص؛ لأن منفعته معينة. وقيل: ولو خاصاً، وهو ظاهر الكتاب. ومثله في حاشية السحولي. [ولفظ حاشية السحولي: وللأجير سواء كان خاصاً أو مشتركاً الاستنابة].

(*) المشترك والخاص. (حاشية سحولي) (قرير).

(٣) غير المؤجِّر. (قرير)

(٤) قال القاضي عبدالله الدواري: إن الذي يختلف بالأشخاص هو ما لا يطلع عليه غيره بعد فعله، كالقراءة والحج والحضانة ونحو ذلك؛ لأن من قرأ ختمة فإنه لا يدرى هل قرأ أم لا، وكذا طوافات الحج. (قرير). فإنه لا يظهر لها أثر بعد فعلها.

(٥) غير المؤجر. (بيان معنى).

(٦) لأن الأعمال تختلف باختلاف النية والمقاصد وإن استويا في العدالة.

(*) إلا لعذر كما تقدم، فيكون هذا مطلقاً مقيداً بما تقدم في الحج. (قرير).

(٧) والقراءة.

(٨) استثناء من المفهوم.

(*) أو عذر.

(٩) ويرجع الاستثناء -وهو قوله: «إلا لشرط أو عرف»- إلى المفهوم أيضاً، وهو ما يختلف بالأشخاص، فليس للأجير الاستنابة، إلا لشرط أو عرف فإنه يجوز له الاستنابة. (نجري). (قرير).

(*) يعود إلى المفهوم والمنطوق. (سماع) (قرير).

(*) لقوله ÷: ((المؤمنون عند شروطهم)).

(١٠) وعرف الأجير مقدم على عرف الجهة. (قرير).

بذلك فإنه لا يجوز له حينئذٍ الاستنابة. **(و)**الأجير الأول والثاني **(يضمنان معاً**[(١)]**)** ضمان المشترك[(٢)].

وحاصل الكلام في المسألة: أن المالك لا يخلو: إما أن يأذن للأجير بالاستنابة أو يمنعه أو يطلق، إن أذن فلا تعد[(٣)]، وكان ضمانهما ضمان المشترك، وإن منع كان[(٤)] متعدياً[(٥)]، وإن أطلق فإن كان عمل الثاني دون الأول ....

---

(١) يعني: حيث تلف بغير غالب، فيكون مضموناً على الثاني للأول، وعلى الأول للمالك، ولكل واحد منهما ما شرط له من الأجرة، ولو كانت أجرة الثاني أقل من أجرة الأول؛ لأنه يستحق الأول زائد أجرته في مقابلة ضمانه. (كواكب) (قرير). [وإن لم يشرط عليه الضمان فهي في مقابلة العقد، كما سيأتي في المضاربة في قوله: «وإن شارك الثاني في الربح».

(*) ينظر لو كان الثاني مضمناً للغالب، والأول غير مضمن للغالب لمن يكون الضمان؟ قيل: لمالك العين. (هبل). لأنه لما رضي بالتضمين كان كالوكيل للمالك. (قرير).

(٢) حيث عقد للثاني مشتركاً، فإن عقد للثاني خاصاً فالقياس أن لا يضمن.اهـ وكذا لو لم يضمن الغالب والأول مضمن. فإن كان الأول خاصاً والثاني مشتركاً ضمن للمالك؛ إذ هو كالوكيل. (قرير).

(*) وهذا حيث كان الثاني مشتركاً.

(٣) ولو أدنى. (قرير).

(٤) **فرع**: وإذا لم يجز ذلك فهما متعديان معاً؛ فيضمنان ضمان الغصب، وللمالك طلب أيهما شاء، وقرار الضمان على الثاني إن جنى أو علم بأنه للغير، وإن لم فعلى الأول؛ لأنه غار للثاني ولو تلف بغير غالب، ذكره أبو طالب والمؤيد بالله. وقال الإمام يحيى وابن أبي الفوارس: لا يكون غارّاً له إلا إذا تلف بغالب، وأما بغيره فهو دخل في ذلك بانياً على الضمان. قلنا: ولا أجرة للأول على المالك، وللثاني أجرة مثله إن جهل على الأول، لا إن علم بالحال. (بيان بلفظه). وأما إذا علم أنه للغير لكن اعتقد أنه يجوز فقال الفقيه حسن: لا تأثير له، بل يضمن. (قرير).

(٥) ولو أعلى. (قرير).

(*) ولا أجرة لهما[1].اهـ إلا على أن يكون الثاني جاهلاً لزمت الأجرة على الأول. (بيان). [ولفظ حاشية: وحيث يكون متعدياً بالدفع إلى الغير فلا يستحق الأول أجرة على المالك، ولا الثاني على الأول حيث علم. (غيث معنى) (قرير). لا إن جهل فيستحق على الأول أجرة مثله].

---

[١] ويضمنان ضمان غصب. (قرير).

كان متعدياً[(١)]، وإن كان مساوياً فإن كان له عرف بالدفع إلى الغير أو كانت اليد له[(٢)] فلا تعدي، وإن لم يكن كذلك فقال المؤيد بالله، وأشار إليه أبو طالب وأبو العباس في باب الشركة: إن الأول ليس بمتعد[(٣)].

وقال الناصر وابن أبي الفوارس، وهو الأظهر من قول أبي طالب: إنه متعد، فيكون ضمانهما ضمان الغاصب.

(و)من أجر عبده أو صبيه فعتق العبد وبلغ الصبي فالإجارة صحيحة، ويجوز له **(الفسخ إن عتق**[(٤)]**)** العبد **(أو بلغ**[(٥)]**)** الصبي ومدة الإجارة باقية،

---

(١) ولا يستحقان أجرة، إلا أن يكون الآخر جاهلاً استحق الأجرة على الأول.

(*) لعله ما لم يجر عرف أو شرط. (قرير).

(٢) على من استأجره.

(*) كما لو استأجره على العمل في دكانه.

(*)في المحمول والمعمول.

(٣) قوي، وهو ظاهر الكتاب.

(*) لأن المقصود العمل وقد حصل. (غيث). وهو ظاهر الأزهار حيث لم يختلف بالأشخاص.

(٤) عطف على الاستنابة. (من هامش الهداية).

(*) قلت: فإن لم يفسخ العبد فالأجرة له من يوم العتق[١]، بخلاف المهر، ويفرق بينهما أن الأجرة في مقابلة المنافع كل وقت بوقته، بخلاف المهر.

(*) فإن لم يفسخ العبد كانت الأجرة له من بعد عتقه[٢]. (بيان) (قرير). وقبل العتق للسيد.

(*) «غالباً» احترازاً من أن لو كان العبد مستأجراً على الحج فأعتق وقد أحرم فليس له الفسخ حتى يتم مناسكه، ذكر معناه في الحفيظ. اهـ وعن حثيث: له أن يفسخ، ولا يستحق أجرة من يوم الفسخ، ويجب عليه تمام الحج لنفسه، ولا تسقط عنه حجة الإسلام. (قرير).

(٥) فلو أجر الصبي نفسه ثم بلغ فله الفسخ إذا بلغ، ولا يقاس على العبد؛ لأنه ليس من أهل التكليف، هذا حيث كان بغير إذن وليه. وقيل: لا فرق. ولفظ شرح الفتح: وأما الصغير إذا أجر نفسه بإذن وليه ثم بلغ فلم أجده، ولعله يفسخ. لأنه إنما كان ذلك في العبد قياساً، فلا يقاس مقيس على مقيس؛ ولأن العبد من أهل التكليف، وممن يدخل تصرفه الغبن مع الإذن والإجازة، والصغير لا يدخله بحال، فليبحث، فإن وجد نص فهو. (شرح فتح).

---

[١] قبضها السيد أم لا، وقبل العتق للسيد قبضها أم لا. (قرير). ومعناه في البيان.

[٢] قبضها إليه أو لا. اهـ أي: السيد.

=

هذا مذهبنا[(١)] وأبي حنيفة.

وقال الشافعي: لا خيار لهما.

أما لو كان العبد هو المؤجر لنفسه فأعتقه السيد[(٢)] كان ذلك إجازة، فلا يفسخ العبد[(٣)]، كما ثبت مثله في النكاح[(٤)]. فلو أجر العبد نفسه ثم أجاز السيد ثم أعتقه فالظاهر أنه ليس له أن يفسخ[(٥)].

قال في الياقوتة: وكذا المكاتب إذا أجر نفسه ثم عتق لم يفسخ[(٦)].

قال مولانا عليه السلام: والأقرب أن فسخ العبد والابن على التراخي[(٧)] كالأمة تعتق مزوجة.

(*) أو أفاق المجنون. (قرير).

(١) قال الفقيه علي: ولا تحتاج إلى حكم ولا تراض؛ لأن فاسد الإجارة باطل من حيث إن المنافع غير مضمونة لكونها معدومة[1]. قال الفقيه محمد بن يحيى: ويحتمل أن هذا كفساد السلم، فيأتي فيه الخلاف المتقدم. (زهور). ليس هذا من باب الفاسد، فتكون هذه الحاشية من قوله: «ولكل منهما فسخ الفاسدة».

(٢) قبل علمه بالإجارة.

(٣) بل له الفسخ به. (شرح فتح).

(٤) في الأمة حيث عقد عليها فضولي بإذنها فأعتقها سيدها. قلنا: لها الخيار على ما هو مقرر، كما تقدم في النكاح لظاهر الخبر.اهـ واختير فيما تقدم[2] أنه لا خيار لها؛ إذ لم يطرأ العتق على النكاح[3]. (بحر بلفظه).

(٥) بل له أن يفسخ.اهـ قوي هبل وشامي، كما لو أجره المالك. (عامر) (قرير). [وهذا في العبد والمكاتب].

(٦) بل له أن يفسخ. (عامر). لأنه كالمأذون له من جهة السيد.

(٧) ما لم يحصل منه رضا أو ما يجري مجراه. (قرير).

---

[1] إن كان الفسخ لأمر مجمع عليه لم يحتج إلى حكم ولا تراض، وإلا احتاج كما في الأزهار في الفصل الثالث. (قرير).

[2] في قوله: «وبعتقها قبلها».

[3] لأنه لم يصح نكاحها إلا بعد عتقها.

(و)للصبي الفسخ إذا بلغ و**(لو لعقد الأب**(١) **في رقبته)** كما تقدم **(لا)** لو أجر الأب(٢) **(ملكه**(٣)**)** أي: ملك الابن فليس له الفسخ(٤) إذا بلغ.

---

(١) ولم يصح فسخ النكاح؛ لورود الدليل في النكاح، وهو أنه ÷ لم يخير عائشة، وهو في موضع التعليم. (صعيتري).

(*) فإن قيل: ما الفرق بين هذا وبين النكاح أنه في النكاح إذا زوجه أبوه لم يكن له الخيار متى بلغ؟ الجواب: أنه في النكاح يمكنه الطلاق، ولأنه عقد على منافع الغير، وهنا عقد على منافعه للغير. فإن قيل: فيلزم إذا زوجه أخوه أو عمه أن لا يكون له الخيار؛ لأنه عقد له على منافع الغير- فالجواب: أنه مقيس على الصغيرة. فإن قيل: فيلزم أن يكون للصغيرة الخيار إذا زوجها أبوها؛ لأنه عقد على غير منافعها للغير- فالجواب: أن القياس يوجب ذلك إلا أن الدليل خصها، وهو خبر عائشة. (زهرة).

(*) وأتى بـ«لو» إشارة إلى مخالفة عقد الأب في رقبته إجارة وعقده له أو عليه نكاحاً أنه يفسخ الأول لا الثاني، بخلاف سائر الأولياء فللصبي الفسخ عند البلوغ لعقدهم في رقبته إجارة ونكاحاً، والله أعلم. (حاشية سحولي لفظاً).

(٢) ينظر لو أجر ولده أربع سنين وهو ابن أربع عشرة سنة، هل هي صحيحة أم لا؟ ظاهر الأزهار الصحة. قال الفقيه يوسف[1]: ولا يقال: إنه قد جمع بين ما يصح تأجيره وما لا -يعني: لو عقد الإجارة وجعل مدتها وقتاً يعلم أن الصبي يبلغ في بعضه- لأن ذلك تلحقه الإجارة، فمعنى أن الذي يقال فيه: تفسد إن جمع في العقد ما يصح وما لا، وهو الذي لا يصح أن يعقد عليه ولا ينفذ بالإجازة. (ابن لقمان).

(*) والظاهر أن سائر الأولياء كالأب في ذلك، وإنما تعتبر المصلحة. (شرح أثمار).

(٣) والوجه فيه أنه لو باع ماله في حال صغره نفذ، ولا يكون له فسخه بعد البلوغ، فكذا لو أجره. (غيث).

(٤) لأن له بيعه؛ لقوة ولايته.

---

[١] لفظ الزهور: إذا أجر عبد ابنه ثم بلغ الابن فمذهبنا وأبي حنيفة والشافعي لا خيار للابن، إلى أن قال: وقال مالك: إذا أجر دار ابنه أو عبد ابنه مدة يعلم أن الابن يبلغ فيها لم يجز ذلك. ولا يقال على مذهبنا: قد جمع بين ما يصح وما لا يصح، وهي الإجارة بعد البلوغ، قيل: لأن ذلك تلحقه الإجازة.

(وإذا شرط على الشريك الحفظ[(١)] **ضمن كالمشترك**[(٢)]**)** أي: لو اشترط مالكا بقرة أو نحوها أن يحفظها هذا الصيف[(٣)] وهذا الشتاء أو نحو ذلك[(٤)] صار كل واحد منهما أجيراً مشتركاً[(٥)] على حفظها. فأما لو كانت المناوبة للبن أو للركوب فلا ضمان؛ لأن كلاً منهما يشبه المستأجَر[(٦)].

وإن كان لمجموع[(٧)] الأمرين: اللبن والحفظ ضمنا؛ لأنه قد وجد سبب

---

(١) أو العلف. (بيان) (قرر).

(*) أو استأجره على الحفظ. (قرر). أو جرى عرف.

(٢) بعد التضمين. وقيل: قبل التضمين.

(٣) وكذا لو تناوباها للحفظ للعلف كان الحكم واحداً. (بيان معنى).

(٤) فلو سلم رجل إلى رجل بقرته ليعلفها بلبنها[١] فقال الفقيه حسن: إن العالف يكون أجيراً مشتركاً [فيضمن]. وقيل: إنه يكون مستأجراً [فلا يضمن][٢]. (بيان). وتكون الإجارة فاسدة. (قرر).

(٥) وذلك لأن كل واحد منهما يحفظ نصيب شريكه في مقابلة حفظ شريكه لنصيبه، فصار كل واحد منهما أجيراً لشريكه على حفظ نصيبه أو علفه. (بستان). إذ جعل كل واحد منهما حفظه أجرة حفظ الآخر. (بحر).

(٦) حيث كانت النفقة[٣] منهما جميعاً، يعني: كل واحد ينفق حصته في نوبة صاحبه، وإلا ضمن. (قرر). ولفظ البيان: **مسألة:** وإذا كانت الدابة أو البقرة بين اثنين يتداولانها فإن كان قصدهما بالتداول الانتفاع فقط فكل واحد منهما مستأجر لنصيب شريكه في دوله بمنافع نصيبه في الدول الثاني، فلا يضمنه. (بيان) (قرر).

(*) وإن كانت إجارة فاسدة في اللبن. (كواكب). لجهالة الأجرة. (بيان).

(٧) وكذا إن كان قصدهم الحفظ والعلف والانتفاع فيضمن. (سماع) (قرر).

---

[١] ويكون اللبن أجرة له في مقابلة العلف وقيمة للعلف. (قرر).

[٢] وأما الفرس إذا دفعها للغير ليعلفها بركوبها فالقياس أنه يكون مستأجراً للركوب بالعلف فلا يضمن. (هامش بيان).

[٣] أو تأكل من مباح. (قرر).

الضمان(١)، كالمستأجَر إذا استؤجر على الحفظ.

تنبيه: إذا سلم(٢) دابته إلى آخر ليحطب عليها ويكون الحطب نصفين فتلفت الدابة بغير أمر غالب، فهل يجعل أجيراً فيضمن(٣) أو مستأجراً(٤) فلا يضمن(٥)؟ قال عليه السلام: لعل الثاني(٦) أقرب، والله أعلم.

---

(١) وهو الاستئجار على الحفظ. (قرر). [وفي حاشية: وهو شرط الحفظ. (قرر)].

(٢) والأقرب في الكل أنه إن وقع بينهما عقد إجارة اعتبر بالمستأجر منهما، وإن لم يقع عقد اعتبر بالطالب منهما لذلك فيكون هو المستأجر، فحيث يكون الطالب لذلك هو الحاطب طلب الدابة ليحطب عليها فالحطب له، وعليه أجرة الدابة، ولا يضمنها إن تلفت بغير تفريطه. وحيث يكون الطالب لذلك هو صاحب الدابة أمر من يحطب له عليها بنصف الحطب فالحطب يكون لهما معاً على قول المؤيد بالله، وللحاطب أجرة مثله على نصف الحطب، وعليه أجرة الدابة على حمل نصف الحطب، وإذا تلفت ضمنها؛ لأنه أجير مشترك. وأما على قول أبي طالب وأبي العباس فالحطب للحاطب، وعليه أجرة الدابة[١]، ولا يضمنها إذا تلفت[٢]. (بيان لفظاً).

(٣) ذكره الفقيه محمد بن سليمان.

(٤) إذا كان الحطب من ملك الحاطب، أو من مباح على الخلاف، وإن كان من ملك صاحب الدابة فأجير مشترك بلا إشكال. (حاشية سحولي). قال المفتي: كلام يملى في المجالس للتدريس؛ لجريه على القواعد. (حاشية محيرسي[٣]). والمقرر ما في شرح الأزهار.

(٥) ذكره الفقيه يوسف.

(٦) وبنى عليه في البحر.

---

[١] أجرة المثل؛ لفساد الإجارة؛ لجهالة الأجرة. (قرر).

[٢] إلا ما جنى أو فرط؛ إذ هو مستأجر ما لم يضمَّن. (قرر).

[٣] لفظ حاشية المحيرسي: قوله: «ويكون الحطب نصفين الخ» يقال: إن كان العاقد الحطاب فهو مستأجر والحطب له، وعليه أجرة المثل لها. وإن كان العاقد المالك للدابة بأن استأجره يحطب عليها كذلك، فإن كان الحطب من ملك له فهو أجير مشترك اتفاقاً، وإن كان من مباح فكذلك أيضاً عند المؤيد بالله، وأما عند أبي طالب فالحطب له، فهو كالمستأجر أيضاً، والله أعلم. قال المفتي عليه السلام: كلام يملى في المجالس للتدريس لجريه على القواعد، والله الهادي.

(فصل): في أحكام الإجارة الصحيحة والفاسدة

(والأجرة في الصحيحة تملك بالعقد[(١)]) قال الفقيه يحيى البحيبح: هذا مذهبنا والشافعي.

وقال في شرح الإبانة: إنها لا تملك بالعقد[(٢)]. وهو ظاهر كلام شرح القاضي زيد.

قوله: **(فتتبعها أحكام الملك[(٣)])** أي: يصح البراء[(٤)] منها، والرهن عليها[(٥)]، والتضمين بها[(٦)]، ويصير بها غنياً[(٧)]، ويزكيها[(٨)]، ولو قبل قبض

---

(١) وكذا فوائدها. (قرز).

(٢) بل لا بد من القبض عندهم. (شرح فتح).

(٣) فإن تلفت عين الأجرة بعد تمام العمل استحق الأجير قيمتها، وهو أحد وجهي الإمام عز الدين بن الحسن، والوجه الثاني: أجرة المثل. وقواه الشامي، كما إذا تلف المبيع قبل التسليم لم تجب القيمة، بل رد الثمن.

(*) إلا حيث كانت عيناً فلا يصح التصرف فيها قبل قبضها. (كواكب). كما في المبيع قبل القبض. (كواكب).

(*) ولا تُساقِطُ الأجرةُ الدينَ إلا مع شرط تعجيلها، أشار إلى ذلك في التذكرة في آخر باب الصرف. (قرز). بخلاف الثمن فإنه يساقط، وصرح به في الكواكب، قال فيه: أو كان ذلك بعد مضي مدة الإجارة. (كواكب) (قرز).

(٤) حيث كانت ديناً، لا عيناً. (قرز).

(٥) حيث شرط التعجيل، أو شرط الرهن، أو سلم تبرعاً.

(٦) يعني: على جهة اللزوم، وإلا فهي تصح بما سيثبت في الذمة. (إملاء). وله الرجوع قبل الثبوت، وأما الضمان بما قد ثبت فلا رجوع كما هنا.

(٧) قيل: إنها لا تلزم الزكاة؛ لأن من شرطه الاستقرار، وهنا لم يستقر كالمكاتب. (مفتي). ويمكن الفرق بأن الإجارة هنا لازمة، ويكفي في استقرارها تخلية المنافع ونحوها، ويجبر من امتنع، بخلاف المكاتب[١]. يقال: هي تنفسخ بالأعذار، فلا وجه للفرق.

(٨) بعد القبض.

---

[١] فإنه إذا ترك التكسب لم يجبر عليه.

=

العين المعمول فيها(١) والمؤجرة(٢) **(و)**إنما **(يستقر)** ملك الأجرة **(بمضي المدة(٣))** أو ما في حكمها من تسليم العمل، فيصير ملكها مستقراً، أي: لا ينتقض. **(وتستحق)** أي: تصير حقاً(٤) يستحق المطالبة بها(٥) بأحد وجوه: الأول: **(بالتعجيل(٦))** قبل إيفاء العمل، فمتى عجلت إليه صارت له حقاً، لا

(*) ولا يتضيق إخراجها إلا بعد القبض، ويحول من يوم العقد في الصحيحة.

(١) في المشترك.

(٢) لفظ البيان: ولو لم يقبض المستأجر العين المؤجرة ولا قبض الأجير الشيء المعمول فيه.

(٣) في الخاص[١]، أو مع التمكن من استيفاء المنافع في غيره، وذلك في الأعيان.

(*) فإن كان المؤجر قد تصرف في الأجرة ببيع أو نحوه ثم انفسخت الإجارة بوجه من الوجوه فهل ينفذ تصرفه كالبيع الفاسد أم لا؟ (مفتي). ويمكن الفرق بأن التصرف في البيع الفاسد مستند إلى إذن البائع فصح ونفذ، بخلاف هنا فهو مستند إلى ملك، ولم يتم، فحيث لم يكن قد استحق من تلك العين شيئاً يبطل التصرف، وحيث ملك البعض نفذ فيه، وللمشتري الخيار. (قرير).

(*) يعني: بعد استيفاء المنفعة؛ ليكون غير الطرف الثاني.

(٤) يعني: بالقبض. (بيان).

(٥) يقال: سماها مطالبة بالنظر إلى الوجهين الآخرين؛ لأنها فيهما مطالبة حقيقة، فيكون من باب التغليب. (شامي).

(٦) تبرعاً.

(*) ويجوز له الوطء[٢] إذا كانت أمة وعجلت له.اهـ وإذا فسخت الإجارة لبعض الأعذار رجعت[٣] لمالكها، ولزم الواطئ مهرها؛ إذ الوطء في شبهة؛ لعدم الاستقرار، ويلحق الولد[٤]، وتلزمه قيمته. (قرير). فإن وقع الفسخ وقد كان أعتق أو باع؟ أقول: كالفاسد يصح ما ترتب عليه. (مفتي).

---

[١] وكذا المنادي. (قرير).

[٢] بعد الاستبراء. (قرير).

[٣] حيث لم يكن قد استحق شيئاً من الأمة، وإلا فقد ملك الواطئ بقسطه. ولفظ البيان: فرع: فلو فسخت الإجارة ...إلخ.

[٤] ولا تصير أم ولد. (قرير).

يجوز للمالك استرجاعها[١] مهما لم يقع فسخ.

الثاني قوله: **(أو شرطه[٢])** أي: إذا شرط في العقد تعجيل الأجرة لزم ذلك[٣] الشرط، وكان له المطالبة بتعجيلها.

الثالث قوله: **(أو تسليم العمل[٤])** في الأعمال **(أو استيفاء المنافع)** في الأعيان، فله المطالبة بعد ذلك **(أو التمكين[٥] منها بلا مانع)** فإذا مُكِّن المستأجر منها[٦] من دون مانع من الانتفاع بها استحق المالك الأجرة.

(والحاكم فيها) أي: في الإجارة الصحيحة **(يجبر الممتنع[٧])** من الخصمين عن الوفاء بما عقدا عليه؛ لأنه قد لزم بالعقد.

---

(١) يعني: الأجرة.

(٢) ولو بعد العقد وقَبِل المستأجر. (قرير).

(٣) ويجبر عليه، إلا أن ينتقل الملك.

(٤) أي: تمامه، وإلا فهو لا يجب على الأجير أن يسلم العين المعمول فيها حتى يسلم أجرته.

(*) يقال: أما إذا سلم العمل فقد استقرت لاحقاً فقط كما توهمه العبارة.

(٥) مع مضي المدة. (كواكب، وبيان). أو نحوها، كمضي قدر يصل فيه إلى الموضع الذي استأجر البهيمة إليه. (حاشية سحولي لفظاً) و(قرير).

(٦) وكل ما مضى من المدة أو حصل من العمل ما له قسط من الأجرة[١] استقر قسطه[٢]، واستحق طلبه. (بيان).

(*) أي: من المنافع.

(٧) بما عليه، لا بما له.اهـ ولفظ حاشية السحولي: والحاكم فيها يجبر الممتنع عن إيفاء الغير ما يستحقه، لا على استيفاء حقه فلا يجبر، لكن تكفي التخلية بلا مانع ممن عليه الحق. (حاشية سحولي لفظاً). قيل: إلا على قبض الأجرة لتبرأ ذمة من هي عليه فيجبر. (قرير).

---

[١] قال عليه السلام: وذلك حيث يتجزأ العمل، كحفر عشرين ذراعاً، وحيث لا يتجزأ فبالكمال فقط، كخياطة قميص أو نحوه؛ لأنه المعقود عليه. (بستان) (قرير).

[٢] إن لم يبطل عمله تحت يده. (مفتي) (قرير).

(ويصح) أن يستأجره على حمل طعام ويجعل الأجرة **(بعض المحمول**(١) **ونحوه بعد الحمل**(٢)**)** يعني: لو استؤجر على حمل طعام بنصفه أو ثلثه، أو رعي غنم(٣)

---

(١) **مسألة**: من استأجر غيره على حمل طعام إلى بلد معين فحمله إليه ثم رده إلى موضع العقد صار غاصباً له، فيلزمه رده إلى الموضع الذي رده منه، وقد وجبت أجرته[١]، ذكره في الكافي. ولعله يستقيم على قول أبي طالب: إنه يجب رد المغصوب إلى موضع الغصب. وقال في التفريعات: لا أجرة له، ولا رد عليه. ولعله يأتي على قول المؤيد بالله: إنه لا يجب رد المغصوب إلى موضع غصبه. (بيان). والقوي كلام الكافي. وذلك لأنه قد فعل ما أمر به فيستحق الأجرة، وعليه رده لأجل الغصب. وحجة التفريعات أنه قد أبطل فعله فلا أجرة له. (بستان).

(*) لعل هذا مع شرط التعجيل للأجرة، وإلا لم تصح، كما سيأتي في المزارعة، وقد حققه النجري في المعيار. وإلا أدى إلى التمانع[٢]؛ لأن للمستأجر حبس الأجرة حتى يعمل، ولا تلزم[٣] المقاسمة[٤]، والأجير لا يعمل إلا بعد المقاسمة.اهـ وله أخذها فيما قسمته إفراز. (معيار).

(٢) يعني: بعد ذكر الحمل.

(٣) وما تولد من الغنم والبقر فهو غير داخل، فلا بد من عقد إجارة، ويستحق أجرة المثل، فإذا كان العرف جارياً أنها تدخل دخلت[٥] وضمن. (بيان).

(*) هذا نحو المحمول.

---

[١] وسلمه إلى يد المالك أو من يده يده؛ لتكون المنافع مقبوضة. (قرير). ولفظ حاشية: وهذا يستقيم حيث أوصله إلى موضع يبرأ بإيصاله إليه[٠]؛ لتكون المنفعة مقبوضة. وإن لم يحصل ذلك فلا يلزمه الرد، ولا يستحق أجرة؛ لأنه أبطل عمله قبل التسليم، فيأتي كلام التفريعات، والله أعلم. (سماع ع).

[٠] المالك أو من يده يده. (قرير).

[٢] والمختار الصحة من غير شرط التعجيل؛ لأنه لا يجب إلا حمل النصف، ذكره الفقيه علي، فلا تمانع، لكن تجب القسمة ليمكن العمل، ولا يجب تعجيل الأجرة إلا بأحد وجوه استحقاق التعجيل كما تقدم.

[٣] بل تلزم. (قرير).

[٤] إلا بشرط التعجيل. (قرير).

[٥] وتكون الإجارة فاسدة. (بستان) (قرير).

=

بنصفها أو ثلثها - صح ذلك، نص عليه الهادي عليه السلام في المنتخب.

وقال زيد بن علي والناصر وأبو حنيفة والشافعي ومالك: لا تصح(١) هذه الإجارة؛ لأنه استؤجر على حمل ملك نفسه وملك غيره. أما لو استؤجر على حمل نصف(٢) هذا الطعام بنصفه(٣) فلا خلاف في صحة هذه الإجارة. وحكى في الانتصار عن أبي حنيفة والشافعي المنع من صحة هذه أيضاً.

قال الفقيه علي(٤): ولا يجب على الأجير إلا حمل النصف في المسألتين.

(قيل(٥): لا المعمول بعد العمل) يعني: لو استأجر من ينسج له غزلاً بنصف المنسوج، أو يعمل سكاكين بنصفها بعد العمل فإن ذلك لا يصح، ذكره الهادي عليه السلام في الفنون في مسألة الغزل.

(*) **مسألة**[١]: عن السيد أحمد الشامي رحمه الله في صورة تأجير البقر ونحوها يسمونه الآن مرابعة، فقال: مثاله أن يقول مالك البقر: ملكتك ربع هذه البقر بإقامة ثلاثة أرباعها في أربع سنين مثلاً، في كل سنة قرشين مثلاً قيمة العلف، وقدح ملح مثلاً أو قدحين، وأجرة الحفظ في كل شهر بقشتين مثلاً، ونحو ذلك، ونذرت عليك بربع أولادها وربع درها؛ حتى يكون لك نصف ولي نصف. (بلفظه[٢] من خط أحمد بن محمد الحسني). أما إذا كان العرف جارياً بأن ما ولد دخل في الحفظ والرعي فإنها تفسد، كما ذكر ذلك في البيان. (عن سيدنا زيد الأكوع). (قرير).

(١) قوي مع الشرط.

(٢) والفرق بين هذه الصورة والأولى أن الأولى استأجره على الكل بنصف، والثانية استأجره على النصف فقط، فافترقا.

(٣) بعد إفرازه.

(٤) فإن شرط على الأجير حمل الكل فسدت الإجارة. (شرح أثمار). وقيل تصح ويلغو الشرط.

(٥) الفقيه حسن.

---

[١] لفظ الحاشية في نسخة: مسألة في إجارة البقر التي يقال لها الآن: مرابعة، صحيحها أن يقول...إلخ.

[٢] وعن العلامة ابن حثيث: أن الواجب مع الشجار في المرابعة الفاسدة أن تكون الفوائد كلها [وكذا في الأصل] للمالك، ويرجع المرابع بما غرم من قيمة العلف وأجرة الحفظ وقيمة الملح، وهو ظاهر قولهم في المزارعة الفاسدة حيث قالوا: والزرع في الفاسدة لرب البذر، وعليه أجرة الأرض أو العمل.

قال ابن أبي الفوارس والأمير الحسين: للهادي قولان في المحمول والمصنوع: قول يصح فيهما جميعاً[(١)]، وقول لا يصح فيهما.

وقال الفقيه حسن: بل الهادي عليه السلام يفرق بين المحول والمصنوع؛ لأن الصنعة معدومة فلا تصح أجرة[(٢)]، بخلاف المحمول فهو موجود.

قال عليه السلام: وقد ذكرنا هذا في الأزهار وأشرنا إلى ضعفه[(٣)]، والعلة التي ذكرها ضعيفة؛ لأنه لا يجب إلا عمل نصف الغزل، كما ذكر الفقيه علي؛ ولأنه يصح الاستئجار بمنفعة معدومة كما تقدم[(٤)].

(وفي) الإجارة **(الفاسدة[(٥)])** ثلاثة أحكام[(٦)]: الأول: أن الحاكم **(لا يجبر[(٧)])** الممتنع فيها؛ لأن العقد غير لازم لأجل الفساد.

(و)الثاني: أنها **(لا تستحق[(٨)])** بما تقدم في الصحيحة[(٩)].

---

(١) إذا شرط تعجيل الأجرة فيهما.

(٢) قلنا: الأجرة المصنوع، لا الصنعة.

(٣) بقولنا: قيل. (غيث).

(٤) في قوله: «وتصح منفعة».

(٥) والباطلة كالفاسدة في الإجارة، وهي ما اختل فيها أحد الأركان الأربعة التي تقدمت في البيع[١]، إلا أن يؤجر المكلف من[٢] صبي أو مجنون فلا أجرة. (وابل) و(قرير).

(٦) بل أربعة.

(٧) إلا أن يحكم بصحتها. (قرير).

(٨) بالتعجيل، بل يردها.

(٩) بل يثبت له الرجوع لما عجل.

---

[١] في قوله: «فصل: وباطله ما اختل فيه» إلخ.

[*] كتأجير الصبيان البهائم في الأعياد، فلا أجرة. (قرير).

[٢] لفظ الوابل: قد لا تستحق الأجرة فيها رأساً لا المسمى ولا أجرة المثل، وهو حيث كان المستأجر مجنوناً أو صغيراً أو مملوكاً غير مأذونين، وكان المؤجر أو الأجير مكلفاً غير مغرور، فإنه لا أجرة.

(و)الثالث: أن الذي يستحق فيها **(هي أجرة المثل**(١)**)** لا المسمى إذا كان الفساد أصلياً(٢)، فإن كان طارئاً(٣) فالأقل من المسمى وأجرة المثل(٤).

وقال الشافعي: إن الواجب أجرة المثل مطلقاً(٥).

وقال أبو حنيفة وحكي عن ابن أبي الفوارس: إن الواجب الأقل من المسمى وأجرة المثل مطلقاً. ففارقت الفاسدة الصحيحة بأن الحاكم فيها لا يجبر، وأنها أجرة المثل، وأنها لا تستحق **(إلا باستيفاء المنافع**(٦) **في الأعيان، وتسليم**

---

(١) والرابع: استحقاق الأجرة على المقدمات.

(*) فإن اختلفت الأجرة فكالمهور. (*قرير*).

(٢) نحو أن يؤجر ملكه وملك المسجد[١].

(٣) الطارئ لا يستقيم إلا في الظئر، أو في مسألة البريد[٢] أو في المضاربة.اهـ قال يحيى حميد: وقع التتبع التام في تقرير الفساد الطارئ فلم يثبت إلا في المضاربة، كما سيأتي.

(*) نحو أن يؤجر ملكه وملك المسجد فإن الإجارة صحيحة في الابتداء على القول بصحة العقود الموقوفة، فإذا لم تحصل إجازة فأحكامها طارئة، فيفسد العقد. (تعليق تذكرة). وقواه القاضي عامر.

(٤) بعد المخالفة، ولما قبلها حصته من المسمى. (*قرير*).

(٥) وهو ظاهر الأزهار.

(٦) لا بالتخلية. (حاشية سحولي) (*قرير*).

(*) يقال: ما المراد باستيفاء المنافع، هل المراد استعمال كل جزء حيث المؤجر بيت، حتى لو سكن في جانب من المنزل وترك بقية المنزل لم تلزم إلا أجرة ما سكن فيه دون بقية المنزل، أو ما المراد؟ الجواب: أنه لا بد من الانتفاع في الفاسدة في كل جزء منها؛ إذ لا يكفي التمكن منها. (تهامي، وشامي). وفي بعض الحواشي: ما أوجب الملك في البيع الفاسد أوجب الأجرة هنا وإن لم يستعمل. (*قرير*).

---

[١] في التذكرة: أن يؤجر ملكه ومسجداً.اهـ قال في حاشيتها: يعني: نفس المسجد لا ملكه.

[٢] لا يستقيم في مسألة البريد إلا على قول أبي حنيفة[٠]، وأما على المختار فهي صحيحة. (*قرير*) كما سيأتي. والظئر أيضاً؛ لأنها إنما استحقت الأقل إلا لأجل المخالفة.

[٠] الذي سيأتي في آخر الفصل.

العمل[١] **في المشترك)** هذا هو مذهبنا وأبي حنيفة، وهو قول المؤيد بالله أخيراً. وقال الشافعي والمؤيد بالله قديماً: بل تجب الأجرة فيها بالتمكن كالصحيحة[٢].

(١) أي: تمامه.

(٢) قلت: وهو قوي؛ لتلف النافع في يد المستأجر. (كواكب معنى). واختاره في الأثمار، وقواه القاضي عامر.

(فصل): في بيان ما تسقط به الإجرة وما لا تسقط به

(ولا تسقط[١] **بجحد**[٢]**)** الأجير المشترك[٣] الشيء **(المعمول فيه**[٤]**)** كالقصار إذا جحد الثوب، فإنها لا تسقط بجحده **(في)** الإجارة **(الصحيحة مطلقاً**[٥]**)** أي: سواء قصره قبل الجحد أم بعده، **(وفي الفاسدة**[٦]**)** أيضاً لا تسقط الأجرة بجحده **(إن عمل قبله**[٧]**)** وإن عمل بعده لم يستحق الأجرة.

---

(١) الأجرة.

(٢) ولا بد أن يكون الجحود في حضور المستأجر أو علمه بكتاب أو رسول.(قرير).

(٣) وكذا الخاص. (هداية).

(٤) عبارة الأثمار: «نحو المعمول فيه»؛ ليدخل المحمي والمرعي والمحمول. (قرير).

(٥) ووجهه: أن الأجرة في الصحيحة مستندة إلى العقد، وهو لا يبطل بالجحود، وفي الفاسدة إلى الإذن، وقد بطل الجحود. (شرح فتح).

(*) يعني: أنه إذا جحد الأجير في الصحيحة العين المعمولة ثم أظهرها أو أقيمت البينة فإنه يستحق الأجرة لما عمله قبل الجحد وبعده. (قرير).

(٦) لأن الإجارة الفاسدة كالوكالة يبطلها الجحود، بشرط أن يكون في وجه المستأجر أو وكيله أو علمه بكتاب أو رسول، ذكر ذلك في الزهور في فسخ البيع، فكأن هذا مقيس عليه. (وابل معنى) قيل: إذا كان الفساد مجمعاً عليه، وإلا فلا بد من الحكم. (غيث معنى).

(*) فهي كالوكالة تبطل بالجحود ويروى أن هذا المسألة -أعني: الإجارة الفاسدة- أرسل بها أبو حنيفة إلى أبي يوسف، وأمر الرسول بأن يخطئه في النفي والإثبات، فلما سأل الرسول أبا يوسف قال: يستحق الأجرة، فقال: أخطأت، فقال: لا يستحق، فقال: أخطأت، فجاء إلى أبي حنيفة، فقال: ما جاء بك يا يعقوب؟ فقال مسألة القصار جاءت بي إليك، فقال أبو حنيفة: إن غسله قبل الجحود استحق الأجرة، وإن كان بعده لم يستحق. (زهور).

(٧) فلو اختلفا هل فعل ذلك قبل الجحود[١] أو بعده فالبينة على الأجير[٢]. وقال في الهداية: القول قول الأجير في أنه فعل قبل الجحود.

---

[١] فإن التبس فالأصل عدم العمل وبراءة الذمة من الأجرة. (شامي) (قرير).

[٢] لأنه يدعي استحقاق الأجرة. (بيان). ولأن الأصل عدمه. قال في البرهان: ولأنه لا وقت أولى من وقت. (بستان). ما لم يكن الظاهر معه؛ بأن لا يمضي من المدة بعد الجحود ما يمكن قصره فيها. (قرير).

=

(وتسقط في الصحيحة بترك) الأجير **(المقصود**[١]**)** من العمل **(وإن فعل المقدمات)** كمن استؤجر على زرع أرض فحرثها وأصلحها للزرع ولم يزرع، وكمن استؤجر على خبز أرز فدقه[٢] وطحنه وعجنه ولم يخبزه[٣]، وكمن استؤجر على عمل حديد سكاكين فعمل ما لا يسمى سكيناً[٤]، وكمن استؤجر على خياطة الثوب قميصاً فقطعه وخاط بعضه بحيث لا يسمى قميصاً، وكمن استؤجر للحج فأنشأ وسار إلى مكة ولم يفعل الأركان الثلاثة ولا أحدها[٥]، فإنه في هذه المسائل لا يستحق شيئاً. وأما إذا كانت الإجارة فاسدة أو أدخل المقدمات في العقد[٦] فإنه يستحق بقسط ما فعل من المقدمات.

(*) والوجه في ذلك: أنه بعد الجحد يصير غاصباً للعين، وعمله لا يستند إلى عقد لأجل الفساد؛ فكان كعمل الغاصب لا أجرة له، وأما قبل الجحود فعمله بأمر المالك، فاستحق العوض. (غيث).

(*) لأنها تستحق بالعقد، وهو باق.

(١) ما لم يمنعه المالك لغير عذر. (بيان) (قرر). ولفظ البيان: فرع: فإن كان الذي منعه من فعل المقصود هو المستأجر لغير عذر استحق بقدر ما عمل وفاقاً، وإن كان لعذر[1] فلا أجرة إلا حيث ذكرت المقدمات في العقد على الخلاف. (بيان).

(٢) أي: قشره.

(٣) فإن خبزه ولم يخرجه من التنور استحق بقدره. (بيان بلفظه) (قرر).

(٤) وهل يكون هذا تغييراً فيلزم الأرش؟ قلنا: هو مأذون به، وهذه مقدمات، فلا تَعَدٍّ. (سيدنا حسن) و(قرر).

(*) ولا تسمى سكيناً إلا بعد أن يجعل لها وجه وقفاء.

(٥) المراد: ولم يحرم. ولفظ حاشية: العبرة بالإحرام؛ إذ لا يفيد الوقوف من دونه.

(*) وكذا البريد إذا ضيع الكتاب لم يستحق شيئاً وإن وصل.

(٦) لكن ينظر لو امتنع في الإجارة الفاسدة من إتمام العمل هل يستحق أجرة ما عمل؟ في الرياض: أنه يستحق. وقيل: لا يستحق شيئاً، كمن بطل[2] عمله قبل التسليم. (شامي).

---

[١] أو تراضيا على الفسخ. (قرر).

[٢] ينظر في القياس.

(و)يسقط من الأجرة **(بعضها بترك البعض)** من المقصود، فمتى ترك بعضه استحق بقسط ما فعل من الأجرة.

قال الفقيه يحيى البحيبح: فلو شل القميص[(١)] ولم يكفه استحق بقدر[(٢)] ما عمل.

وقال الفقيه محمد بن يحيى: إنما يستحق إذا عمل عملاً لا يتبعه عمل، نحو أن يخيط كُمّاً ويكمله شلاً وكفاً.

قال مولانا عليه السلام: وكلام الفقيه يحيى البحيبح أظهر.

(ومن خالف في صفة للعمل بلا استهلاك) نحو: أن يستأجر رجلاً ينسج له عشر أواق غزلاً عشرة أذرع، فنسجها اثني عشر ذراعاً[(٣)]، أو أمره أن يجعله اثني عشر ذراعاً فجعله عشرة، أو نحو[(٤)] ذلك، فله الأقل[(٥)] من المسمى وأجرة المثل إن اختار المالك أخذه، وإن اختار مثله[(٦)] أو قيمته إن عدم مثله[(٧)] فله ذلك.

---

(١) على وجه يمكن لبسه، وقيل: لا يشترط. اهـ وإن لم يفقره. (سماع) (قرز).

(٢) منسوباً من المثل إذا كان المثل له أجرة.

(٣) بأن دق عرضه.

(*) نحو أن يقل عرضه، أو يشتت غزله. (بيان).

(٤) نحو أن يكبر عرضه. (برهان).

(٥) إذ الفساد طارئ[١]. وقد يقال: ليس ذلك لأجل الفساد، بل لئلا تكون حالته مع المخالفة أبلغ من حالته مع الموافقة.

(٦) هكذا في الغيث والكواكب التخيير أيضاً، وهذا يستقيم إذا غيرها إلى غرض، وكان النقض فوق النصف، لا دونه، فأما إذا غيرها إلى غير غرض فحكمه ما يأتي في الغصب إن شاء الله تعالى.

(٧) في الناحية.

(*) وهذا يدل على أن الغزل مثلي.

(*) وقال المفتي: ظاهر الأزهار أنه لا خيار للمالك حيث لا استهلاك، بل للأجير الأقل، والله أعلم. اهـ ومثله عن الأضرعي.

---

[١] لأنه قد ذكر أنه لا يستقيم الطارئ إلا في مسألة الظئر، أو في مسألة البريد، أو في المضاربة.

قال الفقيه محمد بن يحيى: في إيجاب الأجرة إذا أخذه نظر، والأولى أن لا تجب، كما لو أمر أن يصبغه أسود فصبغه أحمر.

وقال الفقيه يحيى البحيبح: بل تجب هنا؛ لأن هذا مخالفة في الصفة[1]، وفي مسألة الصبغ مخالفة في الجنس، فلم يفعل بعض ما أمر.

قال مولانا عليه السلام: هذا هو الصحيح كما في الأزهار.

أما لو كانت المخالفة تؤدي إلى الاستهلاك لم يستحق شيئاً[2] من الأجرة، بل يملكه ويغرم القيمة[3]؛ فعلى هذا لو استؤجر على نسج عشرة أذرع من غزل فنسج منه اثني عشر ذراعاً لم يستحق للذراعين[4] من الأجرة شيئاً، بل

---

(١) فافترقا.

(٢) يعني: في الزائد.

(٣) مع عدم المثل في الناحية، وإلا وجب مثله؛ إذ هو مثلي. (قرير).

(٤) ويقطعهما، فإن كان القطع يضر العشرة الأذرع خير المالك.اهـ ولفظ حاشية: فإن كان القطع يضر فهل يبقى مشتركاً أو يقتسمانه بالمهاياه؟ القياس: إن كان يضرهما جميعاً أن لا يجابا، وإلا أجيب المنتفع، كما سيأتي في القسمة. (شامي). أقول: الأجير متعد بنسج الذراعين الآخرين؛ فيكون الخيار للمالك بين قطع الذراعين ويأخذ أرش الضرر، أو يدفع قيمة الذراعين للأجير منفردين لا متصلين، هذا إذا كان القطع يضر المقطوع والمقطوع منه أو المقطوع منه وحده، وأما إذا كان يضر المقطوع وحده فلا عبرة به، فيقطعه مالك الثوب ولا يستحق الأجير أرشاً؛ لأنه متعد بنسجه واستهلاكه، كما ذكروا مثل ذلك في الغاصب إذا ركّب حلية على المغصوب، والله أعلم. (من إملاء القاضي حسين بن محمد العنسي رحمه الله) (قرير).

(*) وأما العشرة الأذرع فيستحق المسمى عليها. وفي البرهان: يستحق الأقل من المسمى وأجرة المثل.اهـ الأول قوي حيث لم يحصل ضرر على المالك، والثاني قوي حيث حصل ضرر بالمخالفة. (قرير).

يملكهما(١) ويغرم غزلهما. واستهلاكهما يحصل بالنسج لا بالمد. **(أو)** خالف **(في المدة لتهوين أو عكسه)** مثاله: أن يستأجره على حمل كتاب أو غيره إلى بلد كذا في ثلاثة أيام(٢) فسار أربعاً أو خمساً أو ستاً، وعكسه أن يستأجر بعيراً ليسير به

(١) ويملك الآخر من الطرفين، فإن التبس الآخر ملك الحائك من كل طرف ذراعين[١]، فيقطعهما، ويغرم مثل غزلهما. ويحتمل أن يغرم مثل غزل ذراعين؛ لأنه استهلكهما غزلاً، وقيمة ذراعين[٢]؛ لأن الاستهلاك وقع باللبس، وقد صار قيمياً، ويخير المالك في الوسط[٣] إما أخذ مثل الغزل، وإلا الثمانية الأذرع وسلم الأقل من المسمى وأجرة المثل. (برهان) (قرير).

(٢) **مسألة**: من استؤجر على حمل كتاب إلى رجل معين فإنه يستحق الأجرة إذا أوصله إليه، أو إلى وكيله المفوض[٤]، أو إلى من جرت العادة بالتسليم إليه كولده وزوجته ولو لم يوصله إليه، وكذا لو أعطاه الغير وأمره بإيصاله إليه فأوصله، لا إن لم يوصله، ولا إن وجد المكتوب إليه ميتاً أو غائباً فأعطاه الحاكم أو رده[٥].

فرع: فلو أوصل بعض الكتاب استحق بقسطه إن كان فيه بعض المقصود، وإن كان فيه كل المقصود استحق كل الأجرة، وإن لم يكن فيه شيء من المقصود لم يستحق شيئاً.

فرع: وإن استؤجر على رد الجواب فقط لم يستحق شيئاً إلا برده[٦]. والاستئجار على رد الجواب يصح على قول الهادي وزيد والناصر والشافعي، كعلى البيع والشراء، لا على قول أبي طالب وأبي حنيفة إلا على المطالبة به مدة معلومة[٧]. (بيان بلفظه).

---

[١] وعليه الأزهار في قوله: «وبخالط متعد ملك القيمي».

[٢] قيل: هذا حيث حصل منه تفريط في تعيين الذراعين الآخرين، وإلا كان كالاختلاط [بغير خالط].

[٣] حيث كان النقص فوق النصف، وإلا فالأرش. (بهران). أو كان إلى غرض. (قرير).

[*] واحتمل أن لا يكون استهلاكاً؛ لأنه لم يصدر منه بعد النسج فعل. (نجري[٠]).

[٠] لفظ النجري: فلو التبس أي الطرفين نسج أولاً احتمل أن هذا استهلاك للطرفين فيضمن غزلهما ويخير المالك في الوسط كما مر، واحتمل أن لا يكون الخ.

[٤] يعني: بقبض مثل الكتاب.

[٥] فإنه لا يستحق أجرة؛ لأنه لم يأت بالمقصود ولا بعضه. (بستان) (قرير).

[٦] يقال: هي فاسدة، فيستحق أجرة المثل على المذهب. (قرير). لكونه استؤجر على رد الجواب وهو غير مقدور. (سماع).

[٧] وعلى إيصاله. (بيان). يعني: إذا سلمه له [أي: المرسل إليه]، فأما إذا امتنع من رد الجواب فإنه يستحق الأجرة بالمطالبة في تلك المدة. (بستان) (قرير).

إلى موضع كذا في خمسة أيام[١] فحث السير حتى وصل لثلاث[٢]، فإنه قد خالف في الصورتين في صفة العمل**(فله الأقل**[٣]**)** من المسمى وأجرة المثل حيث يكون **(أجيراً)** على حمل كتاب أو غيره **(و)**يجب **(عليه الأكثر)** من المسمى وأجرة المثل حيث يكون **(مستأجراً**[٤]**)**. وقد اختلف في صحة هذه الإجارة على هذا الشرط، فقال أبو يوسف ومحمد: إنها صحيحة[٥].

قال القاضي زيد: وهو الظاهر من مذهب يحيى عليه السلام[٦]

وقال أبو حنيفة: إنها فاسدة.

وكلام أبي طالب متردد في الشرح[٧].

---

(١) ويضمن الرقبة إذا تلفت في هذه الصورة. (جربي).

(٢) فلو قال المستأجر للأجير: «على أن توصله في ثلاث» فأوصله في يومين كان متبرعاً.اهـ [واستحق المسمى، إلا أن يكون له غرض بالبطاء. فلو كان المكتري الذي خالف -نحو أن يشترط عليه أن يسير ثلاثاً فسار أربعاً- فعليه الأكثر على المختار في الكتاب، وقال الفقيه حسن: يستحق المسمى وأجرة الزيادة].

(٣) إلا حيث لم يفت غرض فالمسمى. وقيل: الأقل من غير فرق.

(٤) وهو المكتري.

(٥) لأنها صفة.

(٦) ويكون الفسخ طارئاً.

(٧) يعني: شرح القاضي زيد.

(فصل): في بيان ما تنفسخ[١] به الإجارة وما لا تنفسخ به

(ولكل منهما فسخ الفاسدة[٢] المجمع على فسادها[٣] بلا حاكم) ولا تراض. وعن المنصور بالله أنها تحتاج إلى الحاكم. وظاهره الإطلاق في المجمع عليه والمختلف فيه.

وقال القاضي زيد وأبو مضر: إنها لا تحتاج إلى حاكم ولا تراض.

وبعض المذاكرين[٤] لفق بين القولين بأن الفساد إن كان مجمعاً عليه لم تحتج، وإلا احتاجت.

قال مولانا عليه السلام: وهذا الذي اخترناه في الأزهار.

(و)تفسخ الإجارة **(الصحيحة بأربعة[٥]: بالرؤية[٦])** ....

---

(١) صوابه: ما تفسخ.

(٢) قيل: هذا قبل القبض كالبيع. اهـ وقيل: لا فرق. (بيان[١]). وهو ظاهر الأزهار.

(٣) نحو أن يشرطا أو أحدهما الفسخ متى شاء لغير عذر[٢]، أو لا يذكرا أجرة[٣] رأساً، أو يستأجره على أن يبيع له أو يشتري له شيئاً مجهولاً في مدة مجهولة. (غيث، وتذكرة). والمختلف فيه أن يعقدا على وقت مستقبل.

(٤) الفقيه حسن.

(٥) والخامس: التراضي، والإقالة. (بيان)[٤] (قرير).

(٦) يعني: رؤية الرقبة المؤجرة. (قرير).

(*) وحكم الرؤية هنا كالبيع في صحة الفسخ قبلها، وبطلانه بمتقدمة منه أو من وكيله فيما لا يتغير. (حاشية سحولي لفظاً) (قرير).

(*) في الأعيان، لا في الأعمال، كما يأتي قريباً في قوله: «ولا بجهل قدر مسافة جهة وكتاب». إلخ.

---

[١] لفظ البيان: وإن كان مجمعاً عليه فلكل واحد منهما فسخها من غير حكم ولا تراض. قال الفقيه حسن: إلا أن تكون قد قبضت الأجرة فلا بد من التراضي أو الحكم. وقال الفقيه علي: لا فرق.

[٢] لأن مدتها صارت مجهولة. (بيان).

[٣] شكل عليه، ووجهه: أنها باطلة.

[٤] لفظ البيان: أن يتراضى المتعاقدان بفسخها أو بالإقالة فيها كالبيع.

والعيب[(١)] والكلام فيهما كالكلام في المبيع[(٢)].

(و)الثالث: **(بطلان المنفعة**[(٣)]**)** فتسقط الأجرة بنفس البطلان[(٤)]، وذلك كخراب الدار وغصبها[(٥)]، ....

(١) ويعتبر في العيب الذي تفسخ به أن ينقص من أجرة المثل ولو بالنظر إلى غرض المستأجر، كما في البيع. (حاشية سحولي لفظاً).

(*) وفقد الصفة. (حاشية سحولي لفظاً) (قرر). أو الشرط. (بيان).

(٢) ليس كالمبيع؛ لأن المبيع إذا تعيب عند المشتري فليس له الرد، بخلاف الإجارة فله الفسخ، وهذا وجه التشكيل. قيل: إنما يثبت له الفسخ هنا لأنه يستحق الأجرة حالاً فحالاً. (برهان). [ولفظ حاشية: لأنه يجب تسليمها صحيحة من العيوب في كل وقت حتى تنقضي مدة الإجارة. (كواكب). ولو قد رضي بالعيب. (معيار)]. (قرر[١]).

(٣) بعد القبض، وأما قبل القبض فتبطل بالإجماع من غير فسخ. [كما تقدم في شرح قوله: «فإن تعذر الانتفاع لعارض» إلخ].

(٤) لا العقد فلا يبطل بنفس بطلان المنفعة إذا كان بعد القبض، وقبله يبطل. (قرر).

(*) مع الفسخ. وقيل: وإن لم يفسخ. (قرر).

(٥) ولو غصبت الأرض بعد قبضها -وكذا غيرها من سائر المؤجرات- فإن كان يمكن المستأجر منع الغاصب منها ولم يفعل، أو كان يمكنه ارتجاعها من الغاصب بلا عوض - فالأجرة لازمة له، وله الرجوع على الغاصب بأجرة المثل [بعد القبض. (قرر)] فلو كانت أكثر من الأجرة المسماة كان الزائد كما إذا أجرها بزائد على الخلاف[٢] المتقدم، ذكره الفقيه يوسف. وإن كان لا يمكنه فلا أجرة عليه، كما أطلق في الكتاب، ويكون للمالك مطالبة الغاصب بأجرة المثل. (كواكب). ولفظ البيان: **مسألة:** إذا غصبت الدار المؤجرة فحيث يمكن المستأجر منع الغاصب واسترجاع الدار منه بغير عوض ولم يفعل يلزمه الكراء، وله الرجوع على الغاصب بأجرة المثل [بعد القبض. (قرر)] وإذا زادت على الكراء كان كما إذا أكراها بزائد على ما يأتي. وحيث لا يمكنه ذلك فلا كراء عليه لمدة الغصب؛ لأنه لم يتمكن من الانتفاع، وللمالك مطالبة الغاصب بأجرة المثل. (بيان لفظاً).

---

[١] قد تقدم تذهيب خلاف كلام المعيار على قوله: وإلا كان رضا، وفي نسخة لا تقرير بعد كلام المعيار، بل بعده ما لفظه: وفي شرح أن المستأجر إذا استعمل المؤجر بعد ظهور العيب كان رضاً فلا يصح الفسخ، وهو ظاهر الكتاب فيما تقدم.

[٢] وقيل: بل تطيب له هنا؛ لأنها في مقابلة منافع مملوكة أتلفها عليه الغاصب، فيضمنها له بقيمتها.

وانقطاع ماء الرحا(١) وماء الأرض، وغلبة(٢) الماء عليها، ومرض الأجير(٣)، وعجز الدابة عن السير.

(و) الرابع: **(العذر الزائل(٤) معه الغرض بعقدها)** وذلك نحو: أن يستأجر من يقلع له سناً(٥) فيبرأ قبل القلع(٦)، وكذا لو أفلس المستأجر(٧) قبل تسليم الأجرة، وكذا لو عرض له عذر عن السفر وقد استأجر دابة أو خادماً، كخوف يغلبُ معه العطب(٨) -قال الفقيه علي: وكذا الضرر- ويضعفُ(٩) رجاء السلامة(١٠)، وكذا

---

(١) وهو ماءٌ يوضع حول الرحى يدور بأخشاب تحركه.

(٢) وإذا كان مستأجر الأرض قد حرثها وسقاها فلا شيء له في ذلك. (بيان) (قرير). حيث هو الطالب للفسخ ولو بالحكم، أو كان الفسخ بالتراضي؛ فإن كان الطالب مالك الأرض سلم أجرة الحرث والسقي ونحوه. وقيل: لا فرق؛ لأنه عذر. (قرير).

(٣) الخاص أو المشترك حيث لم يتمكن من الاستنابة.اهـ بل ولو أمكنه الاستنابة؛ لأنه يجوز ولا يجب.اهـ لعله في المشترك، لا في الخاص فلا تصح منه الاستنابة.اهـ بل لا فرق كما تقدم.

(٤) من المستأجر، أو العين المستأجرة.

(*) وكذا لو ظهر من الأجير تسهيل في العمل وقل نصحه فللمستاجر أن يفسخ. (بيان)(قرير).

(٥) أو قطع عضو حصلت به علة ثم شفي فإنها تبطل الإجارة. (بيان بلفظه).

(٦) فتبطل. (قرير).

(*) وكذا من استأجره على قراءة شيء من القرآن بنية الشفاء أو نحوه ثم شفي.

(٧) وكذا الحجر، أو عرف منه المطل.

(*) قال الفقيه يوسف: وكذا إذا كان يمطله ولو علم بذلك[١] عند العقد فيكون له الفسخ، ولو كانت مؤجلة، يعني: الأجرة، فإن لم تفسخ مع إعساره أجرت عن المستأجر، كبيع سلعة المفلس، يعني: حيث شرط تعجيل الأجرة. (حاشية سحولي).

(٨) التلف.

(*) على النفس أو المال. (بحر).

(٩) بالياء سماعاً. وفي بعض الشروح بلام، وفي بعضها بباء موحدة.

(١٠) فيثبت الخيار لهما معاً[٢]. (قرير).

---

[١] هلا قيل: إذا علم إفلاس المستأجر يكون كالبائع من المفلس مع علمه؟ قيل: إنما يثبت له الفسخ هنا لأنه يستحق الأجرة حالاً فحالاً. (برهان) (قرير).

[٢] لمالك الدابة ومالك العبد، والمستأجر.

لو استأجر داراً وعرض له مانع[(١)] عن الإقامة، وكذا لو منعه عن التجارة أو الحرفة التي استأجر لها إفلاس[(٢)]. وكذا لو أضرب عن عمارة الدار[(٣)] التي استأجر لعمارتها[(٤)]، أو عن عمارة الأساطين[(٥)] وأراد حيطاناً[(٦)]، أو أضرب[(٧)] عن الزرع وقد استأجر الأرض له، فهذه الأعذار كلها يزول معها الغرض بعقد الإجارة.

قال عليه السلام: وهذا ضابطها، أعني: لفظ الأزهار. **(ومنه)** أي: ومن العذر **(مرض من لا يقوم به إلا الأجير[(٨)])** فلو أجر نفسه ثم مرض ولده[(٩)] وهو لا

---

(١) من مرض أو خوف.

(٢) انتهى على[١] أصل الهدوية.

(٣) قال الفقيه محمد بن يحيى: وإنما يكون هذا عذراً حيث تغير عزمه بالكلية عن فعل ذلك الشيء، فأما لو لم يتغير عزمه، بل أراد أن يستأجر رجلاً آخر - فليس هذا عذراً. قال: وإنما يكون تغير العزم عذراً في حق المستأجر، لا في حق المؤجِّر؛ لأنه قد ملك منافع العين. قال: كنت أذكره نظراً فوجدته في الزوائد. (غيث).

(٤) هذا نص عليه المؤيد بالله، ولا نص فيه للهدوية، ولكن في كلامهم ما يدل عليه؛ حيث قالوا: إذا استأجر ما ينتفع به في الحضر ثم عزم على السفر كان له أن يفسخ، وقد رواه عنهم في الروضة. (كواكب).

(*) هذا ذكر المؤيد بالله، وعندنا لا يكون عذراً إلا مع الرضا.

(٥) وهي الدعائم المعروفة.

(٦) أو أضرب فقط. (هامش بيان) (قرر).

(*) ولو كان الأجير صانعاً فيما تغير العزم إليه، فلا يجب أن يكون هو الذي يصنعه. (بيان).

(٧) وسواء كان الإضراب لعذر أم لغير عذر. (هامش بيان).

(٨) ولو أجنبياً. (بيان).

(*) وكذا لو عرض ذلك للمستأجر وهو يعتاد الحضور، أو يحصل تسهيل من الأجير في العمل، أو يقل نصحه - فللمستأجر الفسخ. (قرر).

(*) وكذا المستأجر. (مفتي). وكان عادته الحضور. (قرر).

(٩) أو غيره من المسلمين ولو ذمياً. (قرر). حيث تعين عليه.

(*) أو سائر المسلمين.

---

[١] في نسخة: انتهى كلام أهل المذهب.

يجد من يقوم به في مرضه إلا هو فإن ذلك عذر في فسخ الإجارة[١].

قال الفقيه علي: وكذا إذا احتاج إلى حفظ بيته لمرض زوجته، أو إلى التحلل منها[٢]، أو يلحقه عار إن لم يحضر موتها[٣] -كانت هذه أعذاراً في فسخ الإجارة[٤].

(و)من العذر **(الحاجة)** الماسة **(إلى ثمنه[٥])** فلو أجر أرضاً له أو داراً ثم احتاج إلى ثمنها لضرورة، نحو دين يرتكبه ولا مال له سواها[٦]، أو لعجزه[٧] عن نفقة أهله[٨] أو نفسه- كان عذراً في فسخها، وجاز له بيعها[٩]. **(و)**منه **(نكاح من[١٠] يمنعها الزوج[١١])** ....

---

(١) فإن قال المستأجر للأجير: أنا لا أفسخ الإجارة، ولكن أشتغل بهذه الأعذار حتى تزول ثم ارجع إلى إجارتك -فلعل له ذلك، ما لم يكن للرجوع مسافة يتضرر بها الأجير فله أن يفسخ الإجارة جملة. (صعيتري، وغيث معنى). والمختار أن له الفسخ. لأنه قد وجد سبب الفسخ. وقرره الشامي.

(٢) ولا نائب له في التحلل، أي: البراء منها.

(٣) أو مرضها. (بيان).

(*) وذلك كقبائل اليمن فإنه إن لم يحضر كان عاراً. (هداية). (من شرح المفتي).

(٤) ولو رضي المستأجر ببقاء العقد. (قرير).

(٥) لكن ينظر لو احتاج المستأجر إلى الأجرة بعد أن عجلها هل يكون عذراً أم لا؟ قال في حاشية: سواء كان العذر للمستأجر أو للمؤجر أو العين المؤجرة ثبت الفسخ. (سحولي). وقيل: إنه لا يكون له الفسخ؛ لأن قد تقدم أن الأجرة في الإجارة الصحيحة تملك بالعقد. (قرير).

(*) أو بعضه حيث لم يتمكن من بيع البعض إلا ببيع الكل. (قرير).

(٦) غير ما يستثنى للمفلس. (قرير).

(٧) يعجز. (نخ).

(٨) ولو أمكنه التكسب. (قرير).

(٩) وتنفسخ بالبيع.

(١٠) إلا أن تكون المؤجرة أمة فزواجتها لا تكون عذراً؛ لأن تسليمها لا يجب على سيدها إلا للوطء. (نجري).

(١١) حرة، لا أمة. (قرير).

كلو استأجرت امرأة أرضاً[(١)] تزرعها ثم إنها تزوجت، والزوج يمنعها من الخروج- كان عذراً في فسخ الإجارة إذا لم يمكنها الاستنابة[(٢)]، وكذا لو لم يمنعها إذا لم يحصل منه إذن. ويأتي مثل هذا أنه يجوز الفسخ لكل واجب من رد وديعة[(٣)] أو جهاد، لا الحج[(٤)].

تنبيه: اعلم أن الفسخ[(٥)] بالأعذار جائز عندنا والحنفية. وقال الشافعي: لا تنفسخ للأعذار إلا حيث يصير العمل محظوراً، نحو أن يستأجر لقلع السن أو اليد المتآكلة ثم تبرأ.

(ولا تنفسخ بموت أيهما[(٦)]) أي: لا بموت المستأجر ولا المؤجر، بل تتم الإجارة

---

(١) بخلاف ما لو أجرت نفسها أن ترعى غنماً سنة ثم تزوجت لم يكن لها ولا للزوج الفسخ. (معيار). ومثله في النجري. وهذا يشبه ما تقدم حيث أوجبت لا معه.اهـ وفي شرح ابن بهران: ولو أجرت نفسها.

(٢) وكذا لو أمكنها ولكن عادتها الحضور. (صعيتري).

(٣) أو عارية، أو قضاء دين، أو رد مغصوب. (بيان) (قرر).

(٤) لأن وقته العمر. ويجوز تأخيره للعذر. (بيان). وقيل: هذا على القول بأنه على التراخي، والصحيح أنه على الفور.

(*) إلا إذا كانت الإجارة فاسدة وأمكن الأجير الحج لنفسه وجب عليه الفسخ. (قرر).

(٥) في وجهه أو علمه بكتاب أو رسول. (قرر).

(٦) وكذا لا تنفسخ بموتهما. (قرر).

(*) إلا أن يكون الأجير وارثاً للمستأجر أو العكس انفسخ بقدر ما ورث[١]. (بيان)[٢]. «غالباً» احترازاً من أن يكون ماله مسغرقاً بالدين لم تنفسخ. (قرر).

---

[١] وذلك لأنه قد ملكه، فلو مات مستأجرٌ لدار من أبيه عن ابن له وهذا الأب انفسخ من الدار المؤجرة سدسها، وهو نصيب الأب هنا. وإذا مات المؤجر عن ولدين أحدهما المكتري فإن الإجارة لا تنفسخ في نصيب الآخر، ويرجع المكتري على التركة بنصف الأجرة حيث كان قد سلمها ولم يمض شيء من المدة، وإن لم يكن قد سلمها سقط عنه نصفها، والنصف الآخر يسلمه لأخيه. (بستان بلفظه) (قرر).

[٢] لفظ البيان: **مسألة:** وإذا مات المستأجر وكان المؤجر من ورثته أو العكس فإنها تنفسخ الإجارة في القدر الذي ورثه الحي منهما.

=

لورثة من مات منهما، هذا مذهبنا ومالك والشافعي.

قال في شرح الإبانة: وهو إجماع أهل البيت.

وقال أبو حنيفة وأصحابه والمنصور بالله: إنها تنفسخ بموت أيهما.

وهذا الخلاف في إجارة الأعيان[1]، ومن جملتها إجارة الخاص[2]، وأما إجارة الأعمال فقال الفقيه محمد بن سليمان والفقيه يحيى البحيبح: لا يجب على الورثة أن يعملوا، ولهم ذلك[3].

وقال الأمير المؤيد: ليس لهم ذلك. قال مولانا عليه السلام: ولعل الخلاف إذا قلنا: إن للأجير أن يستأجر[4].

قوله: **(غالباً)** احتراز من صورة، وهو أن يؤجر[5] وقفاً يرجع بعد موته إلى من بعده بالوقف، فإنه يبطل تأجير[6] الأول[7].

(*) ولا بردة ولحوق أيهما. (قررو).

(*) ظاهره ولو فاسدة. وقد يقال: أما الفاسدة فتفسخ؛ لارتفاع الإذن بموت المالك.اهـ وفي حاشية: في الصحيحة فقط، وفي الفاسدة إن كان قد عمل الميت عملاً لمثله أجرة، وإلا انفسخت كما تقدم في الحج. (قررو).

(١) مؤجر ومستأجر.

(٢) يعني: إذا مات المستأجر له فإنها لا تنفسخ، وأما إن مات الأجير الخاص انفسخت. (نجري). لأنه قد تقدم في قوله: «ولا يبدل».اهـ ولفظ حاشية: قال في البيان: تبطل الإجارة بموت الخاص. وظاهر الشرح مشكل، فإن أراد المستاجر فمستقيم.

(٣) في الصحيحة مطلقاً، والفاسدة حيث قد عمل الميت عملاً لمثله أجرة. (مفتي) (قررو). وقد مر نظيره في الحج.

(٤) فيما لا يختلف بالأشخاص كما مر، أو قد كان شرط الاستنابة أو جرى عرف. (بيان).

(٥) وكان المؤجر هو المصرف، وأما غير المصرف فلا يبطل تأجيره بموته، ولا بموت مستحق الغلة.

(٦) وصورته: أن يقول: وقفت على أولادي فأولادهم أو ثم أولادهم أو وأولادهم، فإنه في جميع هذه ينتقل إلى كل بطن بالوقف. وأما إذا قال: على أولادي فلان وفلان وفلان، أو على أولادي وأطلق - فينتقل بالإرث لا بالوقف. (شرح أزهار معنى من الوقف).

(٧) وذلك لانتقال المنافع إلى من بعده بالوقف لا بالإرث، فكأنه أجر غير ملكه؛

=

(ولا) تنفسخ(١) أيضاً **(بحاجة المالك إلى العين(٢))** المؤجرة، فلو أجر داره ثم احتاجها ليسكنها، أو عبده ثم احتاجه ليخدمه - لم تنفسخ الإجارة بذلك(٣). **(ولا بجهل قدر مسافة جهة وكتاب ذكر لقبها(٤) للبريد(٥) والناسخ(٦))**

من بعده إياه لا من جهته، بل من جهة الواقف. (بستان).

(*) إذا كان المؤجر المصرف، لا لو كان المؤجر المتولي للوقف فلا ينفسخ. (بحر).

(١) حيث كانت صحيحة.

(٢) والفرق بين الحاجة إلى الثمن والحاجة إلى العين: أن في الثمن هو محتاج إلى ثمن الرقبة التي لم تخرج عن ملكه، وفي العين محتاج إلى المنافع التي قد خرجت عن ملكه.

(*) ما لم يتضرر، ولم يجد غير العين بالأجرة، وإلا فهو عذر يبيح الفسخ. (حاشية سحولي). وظاهر الأزهار خلافه.

(*) ولا بحاجة المستأجر إلى الأجرة حيث قد عجلها. (قرير).

(٣) قيل: هذا جلي إن كان يمكنه يكتري غيره، أو كانت الحاجة إليه لا يتضرر بتركها، فأما حيث تلحقه المضرة إذا لم يجد سواه فالأقرب أنه يكون ذلك عذراً له في الفسخ. (كواكب). وفي البيان ما لفظه: فأما إذا احتاج الدار للسكنى، أو الدابة للحمل أو الركوب، ولم يجد غيرها - فلا يكون له الفسخ بذلك. (بيان بلفظه).

(٤) فلو شحن الكتابة بحيث بقي بعض الورق كان مخالفاً؛ فيستحق الأقل[١] من المسمى وأجرة المثل إن أخذه مالك الورق، وإن شاء تركها للأجير وضمنه قيمتها، وهكذا في العكس[٢] كما في مسألة الحائك. (بيان بلفظه).

(٥) اسم للرجل المسافر.

(٦) ولا بد من تعيين الورق[٣] التي ينسخ فيها بالمشاهدة، أو ذكر قدرها، وإلا لم يصح.اهـ ولا بد أن يكون البياض موجوداً في ملك المستأجر[٤]. ويكون تحصيل الأم المنسوخ منها على المستأجر. (عامر، ومفتي) و(قرير).

---

[١] وظاهر الأزهار في قوله: «ومن خالف في صفة للعمل الخ» أنه لا يستحق إلا الأقل، ولا خيار للمستأجر» فانظر فيه وتحقق. (من خط الأضرعي).

[٢] يعني: جلّل الخط فلم يكف الورق. (بستان).

[٣] ولا يحتاج إلى ذكر عدد السطور، بل ينسخ المعتاد.اهـ [فإن اختلفت العادة فلا بد من البيان وإلا فسدت. (قرير)].

[٤] حيث عين كما تقدم في قوله: «فعين المحمول». (سيدنا حسن) و(قرير).

فلو استأجر رجلاً إلى موضع أو لنسخ كتاب(١) مشهورين(٢) بتسمية، والأجير لا يعرف تفصيل قدرهما، فانكشف كثيراً - فإنه لا خيار(٣) له يفسخ به(٤).

---

(١) قيل: وله خيار الرؤية. (بيان). وقال في شرح البحر: لا خيار له؛ لأنه بائع للمنافع، ولا خيار للبائع. (شرح بحر). وقواه[١] المفتي. ولفظ البيان: وقيل: إنه يثبت للأجير خيار الرؤية فيما يعمل فيه إذا لم يكن قد رآه، كما في البيع. (بلفظه).

(٢) الموضع والكتاب.

(*) في ورق معينة. (بيان).

(٣) كبائع الجزاف إذا جهل قدره. (بستان).

(٤) إذا لم يكن منه تغرير ولا تحقير، كما تقدم في البيع.

---

[١] قد قالوا: يثبت خيار الرؤية للظئر فما الفرق؟ يقال: الفرق أنه في الكتاب والبلد قالوا: مشهورين فكفت الشهرة، بخلاف الظئر فلا تكفي. (سماع سيدنا علي بن أحمد الشجني رحمه الله).

(فصل): في ذكر جملة من أحكام الإجرة

(و)من أحكامها أنها **(تنفذ مع الغبن**[١] **الفاحش من رأس**[٢] **المال)** إذا وقع العقد **(في)** حال **(الصحة**[٣]**، وإلا)** يكن التأجير واقعاً في الصحة، بل في المرض[٤] **(فالغبن**[٥] **من الثلث**[٦]**)** فلو أجر[٧] عيناً شهرين بخمسة، وأجرتها كل شهر خمسة، فله[٨] بخمسةٍ شهرٌ، ثم إذا كان ثلث تركته[٩] خمسة

(١) ما لم يكن متصرفاً عن الغير أو للجوع فكالبيع. (قررو)

(٢) والفاحش ما زاد على نصف العشر من أجرة المثل. (قررو)

(٣) ولو مات في مدة الإجارة على الأصح. (بيان) (قررو)

(٤) المخوف.

(*) الذي مات منه.

(٥) يعني: الزائد على أجرة مثله يكون من ثلث ماله، وكان وصية، ولورثته فسخ الزائد على الثلث، مثاله: لو أكراها ثلاث سنين بمائة درهم، وكانت أجرتها في كل سنة مائة، فالوصية وقعت بمائتين، فإن كانت الأرض وجميع ما يملكه يسوى خمسمائة صحت الإجارة كلها؛ لأن تركته ستمائة بالأجرة إذا كانت باقية، أو كانت باقية في ذمة المستأجر، وإن كان يسوى مائتين فقط والأجرة مائة صح من الوصية نصفها، وهو مائة، فيصح من الإجارة بقدرها، وهي سنة من غير السنة التي وقعت أجرة المثل، وكان للورثة فسخ السنة الثالثة؛ لأن سنة بأجرة المثل، وسنة وصية خارجة من الثلث، وسنة محاباة فلهم فسخها. (بيان مع زيادة) (قررو).

(٦) ما لم يكن مستغرقاً بالدين فلا ينفذ شيء. (قررو).

(*) حيث كان له وارث. اهـ وإلا فمن رأس المال.

(٧) أو استأجر.

(٨) أي: المستأجر.

(٩) ومن جملة التركة العين المؤجرة، وتقوَّم مسلوبة المنافع. (قررو).

(*) يعني: جميع ما يملك يوم مات من الرقبة المؤجرة وغيرها بالخمسة التي أجرها بها إن كانت باقية معه أو على ذمة المستأجر، فإن كان ذلك كله بخمسة عشر درهماً صحت الإجارة في الشهر الثاني، وإن كانت دونها صح من الشهر الثاني بقدر ثلثه فقط. (شرح بحر) و(قررو).

استحق الباقي، وإن كان أقل فبحسابه. فأما إذا أجر نفسه في مرضه(١) بغبن فاحش نفذ بكل حال؛ لأنه لا حق للورثة في بدنه.

(و)الأجرة **(لا يستحقها المتبرع(٢))** فلو عمل رجل لرجل عملاً من غير أمر(٣) ولا شرط(٤) أجرة كان العامل متبرعاً ولا أجرة له **(ولا)** يستحقها **(الأجير حيث عمل غيره(٥) لا عنه(٦))** فلو استؤجر على خياطة ثوب فخاطه غيره لا بأمره(٧)، ولا بنية كون العمل عنه – لم يستحق الأجير ولا العامل شيئاً

---

(١) نحو أن يكون مقوداً أو حاملاً في السابع؛ إذ لا يصح تأجير المريض.

(٢) وكذلك الزوجة ما عملت في بيت زوجها فلا أجرة لها[١] [لأنها متبرعة. (هامش بيان) (قرير)] حيث لم يأمرها الزوج ولو طلقها، فإن أمرها وفعلت قاصدة حسن العشرة أو لئلا يطلقها فإن حصل غرضها وإلا لزمته الأجرة. (بيان معنى). يعني: إذا اعتادتها أو شرطتها. (قرير).

(٣) أو بأمر ولا يعتادها. (قرير).

(٤) أو شرط، إلا أن يقبل الشرط أو يسلم إليه العمل. (حاشية سحولي)[٢] (قرير).

(٥) وهكذا لو كان المستأجر هو الذي عمل العمل فهو كالغير سواء. (كواكب) (قرير).

(٦) فإن كان بنيته استحقها الأجير حيث يكون للأجير الاستنابة. (قرير). وإنما استحقها الأجير حيث كان بنية كون العمل عنه لأن عمل الأجير مما يصح التبرع به عنه، وتصح الضمانة به[٣] عنه، ذكره في الشرح. (بيان).

(*) أو عنه وليس له أن يستنيب.

(٧) أو بأمره ولم يكن معتاداً للأجرة؛ إذ الأغلب في المنافع عدم الأعواض ما لم يشرط العوض، ذكر معناه النجري، أو كان عادته لا يعمل إلا بأجرة، وإلا فلا فائدة للأمر. (قرير).

---

[١] ومثل مسألة الزوجة الأولادُ لو عملوا مع أبيهم لإحسانه إليهم وتزويجهم مثلاً، أو نحو ذلك مما جرت به العادة، فإنه إذا منع منهم شيئاً مما يعتادون كان لهم الرجوع عليه بأجرة المثل فيما عملوه، والله أعلم. (شامي). مع شرط الأجرة أو اعتادوها. (قرير). ولا بد من الأمر في الجميع من الزوج أو الأب. (قرير).

[٢] لفظ حاشية السحولي: أما لو أمره بالعمل أو شرط الأجرة وقبل الشرط، أو سلم إليه العمل بعد قوله: أعمل بكذا، أو قال: لا أعمل إلا بكذا ثم سلم إليه كان كافياً في قبول الشرط.

[٣] المذهب خلافه في الضمانة؛ لأنه ليس بمال.(قرير).

من الأجرة **(أو)** استؤجر على عمل فعمله ثم **(بطل عمله قبل التسليم**(١)**)** سقطت الأجرة(٢)، وذلك **(كمقصور)** لما أفرغه القصار **(ألقته الريح في صبغ**(٣)**)** قبل أن يقبضه مالكه، فإن كانت الريح غالبة(٤) لم يضمنه(٥)، وإلا

---

(١) والتسليم: النقل فيما ينقل، والتصرف في غيره. (قرير). يقال: العرف أنه يستحق بالفراغ من العمل فيما لا ينقل وإن لم يرده إلى مالكه.اهـ فينظر.

(*) أو التخلية [١] فيما تعتبر فيه من أرض أو دار عمل الأجير فيها عملاً من حرث أو ماء [بناء (نخ)]، فلو بطل عمله قبل التسليم ولو بغالب فلا أجرة. (حاشية سحولي لفظاً).

(*) **مسألة**: إذا بطل ما عمله الأجير تحت يده قبل تسليمه إلى المالك -نحو: أن تصلب الأرض بعد حرثه لها وقبل ردها إلى مالكها[٢]، أو ينغسل الصباغ من الثوب قبل رده، أو تنهار البئر، أو يخرب البناء- فقال في التذكرة والحفيظ والبيان: لا أجرة له. وقال المرتضى والمنصور بالله والشافعي: تجب الأجرة. ولعله يلفق بين القولين بأنه لا يستحق أجرة حيث لا يضمن[٣]، وحيث يضمن يستحق الأجرة. (بيان بلفظه). [ولعله يريد حيث ضمنه مصنوعاً].

(٢) وهذا يستقيم حيث أخذ المالك الثوب أو قيمته غير مقصور.اهـ ويكون صاحب الثوب مخيراً بين أخذ ثوبه بغير شيء وبين تركه للقصار وأخذ قيمته منه، ويكون مخيراً في قيمته إن شاء أخذ قيمته قبل القصارة ولا أجرة عليه، وإن شاء أخذ قيمته بعد القصارة وسلم أجرة القصارة، وكذا في كل أرش وجب في المصنوع فإنه يكون المالك مخيراً فيه بين أرشه قبل الصنعة ولا أجرة، أو أرشه من قيمته بعد الصنعة ويسلم الأجرة، ذكر ذلك في بيان السحامي. (كواكب لفظاً) (قرير).

(٣) بكسر الصاد: اسم لما صبغ به. وفتحها: اسم للفعل. (تعليق).

(٤) والريح الغالبة هي التي لا يمكنه حفظ الثوب منها لو حضر حال حدوثها، وذلك نادر. (بيان).

(٥) بل يأخذه بلا شيء. (بيان) (قرير).

---

[١] إن حضر المعمول. (تذكرة).

[٢] وقد اتفقت هذه المسألة بحوث في رجل استأجر آخر على خيس أرض ففعل ثم صَلِبَت، ولم يتسلمها مالكها إلا بعد صلبها، فأفتى السيد عز الدين محمد بن أبي القاسم بأنه يستحق الأجرة. ولم يستحسنه الفقيه حسام الدين حاتم بن منصور؛ لأن المنفعة تلفت تحت يد الأجير قبل إيصالها إلى المالك. (رياض).

[٣] الغالب.

كان للمالك الخيار كما سيأتي قريباً إن شاء الله تعالى في مسألة من أمر بالتسويد فحمر. ولا يضمن الصبغ إذا كان للغير(١)، سواء كانت الريح غالبة أم لا.

ومن هذا الجنس مسألة الدابة إذا جمحت(٢) من الطريق فردته فلا أجرة، لأنها نقضت عملها، وإنما تسقط الأجرة بشرطين: الأول: ذكره الفقيهان يحيى بن أحمد ومحمد بن يحيى: أن لا يكون جموحها لسوء ركوبه(٣).

الثاني: ذكره الفقيه يحيى البحيبح: أن لا يمكنه النزول(٤)، فإن أمكنه لزمته

---

(١) حيث وضعه في موضع معتاد[١] ورزم عليه بالمعتاد. (قررو).

(٢) وحاصل الكلام في الدابة إذا جمحت بالراكب: إما أن يكون لسوء ركوبه وأمكنه النزول فتلزم الأجرة كلها حيث قد بلغت إلى الموضع المعين[٢] وأجرة الرجوع، وإن كان لا لسوء ركوبه ولا أمكنه النزول فلا يستحق لا ذاهباً ولا آيباً، وإن كان لسوء ركوبه ولا أمكنه النزول لزمته الأجرة إلى حيث وصل حصته من المسمى، ولا شيء للرجوع، وإن كان لا لسوء ركوبه وأمكنه النزول لزمت إلى حيث وصل حصته من المسمى وأجرة المثل للرجوع فقط، إلا أن يترك النزول خوفاً عليها فلا شيء عليه للرجوع. وفي الكواكب والصعيتري والبستان: والقياس لا أجرة عليه[٣] في الرجوع مطلقاً، سواء كان لسوء ركوبه أم لا، أمكنه النزول أم لا؛ لأن الدابة تكون معيبة، وقد ذكروا أن من رد المعيب راكباً عليه لم يكن رضا بالعيب.اهـ وقد ذكروا في العين المؤجرة أنها إذا تعيبت فسخت ولو بفعل المستأجر.

(*) وكذا السفينة. (قررو).

(٣) يقال: قد بطل عملها، فلا تستحق للذهاب ولا الإياب.

(٤) في رجوعه. (بيان).

---

[١] ولا فرق بين أن يكون صاحب الصبغ متعدياً أم لا.

[٢] أو مضى وقت يمكن الوصول فيه. (قررو).

[٣] لكن هل يحتاج إلى فسخ حيث قصد ردها بالعيب كما في قوله: «وما تعيب ترك فوراً»، فقالوا: لا يكفي الترك، بل لا بد من الفسخ وإلا لزمه المسمى، أو يفرق بين هذه وتلك بأن هذه أبطلت عملها فهو كبطلان المنفعة فلا يحتاج إلى فسخ، بخلاف تلك، هذا الذي يظهر. (سيدنا حسن رحمه الله).

الأجرة(١)، وسواء خشي التلف(٢) أم الضرر أو لم.

وقال الفقيه علي: إذا لم يمكنه النزول إلا بمضرة فلا شيء عليه؛ لأن كل واحد يمكنه النزول.

قال مولانا عليه السلام: بل قد لا يمكن بأن يكون مشدوداً.

(أو أمر) الأجير **(بالتسويد فحمر(٣))** أي: قيل له يصبغ(٤) الثوب أسود فصبغه أحمر، لم يستحق شيئاً(٥) من الأجرة، وللمالك الخيار(٦) في الثوب: إن شاء أخذه وأرش ما نقص إن كان فيه نقصان، وإن شاء ضمنه قيمته قبل الصبغ.

وعند المؤيد بالله يأخذ صاحب الثوب ثوبه وأرش النقصان إن نقص، ولا خيار له.

(وتلزم) الأجرة(٧) **(من ربي في)** مكان **(غصب)** إذا كان في حال التربية

---

(١) للذهاب. (بيان).

(٢) بالنزول.

(*) قيل: أما مع خشية التلف فله الفسخ مع الركوب، وتلزم أجرة المثل كما تقدم.اهـ بل الحط بالنسبة ما بين أجرتها صحيحة ومعيبة، فإذا كانت أجرتها صحيحة ستة ومعيبة أربعة انحط ثلث المسمى كما تقدم[١]. (قرير).

(٣) المراد بلون فخالف.

(٤) اصبغ. (نخ).

(٥) لأنه لم يأت بالمقصود ولا بعضه. (شرح بهران).

(٦) وهذا الخيار حيث كان النقص فوق[٢] نصف قيمة الثوب، وإلا فلا خيار كما تقدم، ومثل هذا في الأثمار والصعيتري، ولعل هذا حيث غيره إلى غير غرض. (شرح فتح).

(٧) والقيمة للرقبة إن تلفت[٣].

---

[١] في قوله: «ولو خشي تلف ماله لا نفسه». (قرير).

[٢] أو غيرها إلى غرض، لكن لا أرش، بل يخير بينه وبين القيمة كما يأتي في الغصب. (غيث).

[٣] وينظر هل يضمن جميعها أو ما تصرف فيه فقط؛ لأنه ذكر في الكتاب أنه لا يضمن إلا أجرة ما تصرف فيه، فينظر في الفرق. هلا قيل: يضمن الكل؛ لثبوت اليد. (سحولي). وكذا الأجرة على المختار. (سيدنا حسن بن أحمد رحمه الله) (قرير).

(مميزاً) أي: يعقل النفع والضر، فأما إن كان غير مميز كابن سنة[١] أو ثلاث سنين أو نحوها فإنه لا يضمن، ذكره أبو مضر.

وقال علي خليل وصححه الفقهاء يحيى البحيبح ومحمد بن سليمان ومحمد بن يحيى: إنه يعتبر بالتصرف[٢]، فإن كان الصبي قد بلغ حد التصرف[٣] فالكراء عليه، وإن كان في المهد فلا شيء عليه. **(أو حبس فيه[٤])** أي: في المكان المغصوب لزمته الأجرة إن حبس فيه **(بالتخويف[٥])** من الخروج، لا بالقيد الذي لا يمكنه معه الخروج[٦] فلا شيء عليه.

قال الفقيه محمد بن سليمان: ويرجع الصبي[٧] على المربي، والمحبوس على الحابس بما لزمه من الأجرة[٨]؛ لأنه غرم لحقه بسببه[٩].

وقال الفقيه يحيى البحيبح:[١٠] لا يرجع؛ لأنه قد استوفى ما في مقابلتها[١١].

---

(١) أو مجنون.
(٢) وهو الدبيب على الأرض. (شرح أثمار).
(٣) وقواه صاحب الأثمار. وظاهر الأزهار خلافه. (قرر).
(*) وهو التنقل من مكان إلى مكان.
(٤) حيث كان هنا مكلفاً.
(٥) بالقتل ونحوه. (معيار).
(٦) يعني: التصرف. (قرر).
(٧) المميز. (قرر).
(*) قوي ذماري وشامي، واختاره في الأثمار.
(٨) والقيمة للرقبة إن تلفت.
(٩) وفرق بينه وبين المغرور في أنه لا يرجع بما اعتاض؛ لأن المغرور مختار وإن جهل، وهنا غير مختار.
(١٠) وسيأتي [في الغصب] للفقيه يحيى البحيبح إذا أكرهه الغير على أكل طعام نفسه أنه يرجع، وللمؤيد بالله أنه لا يرجع، فينظر في الفرق، فقد خالف كل منهما أصله. (بيان من الغصب).
قيل: الفرق على أصل المؤيد بالله أنه في الطعام لم يغرم.
(*) قوي. (هبل). وقواه المؤلف، وقرره المشايخ.
(١١) وهو إتلاف المنفعة.

قال مولانا عليه السلام: والأول أولى. وهذا على أصل المؤيد بالله[(١)]، وأما على أصل الهدوية فأصلهم أن المكرَه آلة للمكرِه؛ ولهذا قالوا: القود على المكرِه، فيأتي هنا أن الكراء على الحابس في الوجهين جميعاً[(٢)].

(ومستعمل الصغير[(٣)] في غير المعتاد[(٤)]) وهو الذي لا يتسامح بمثله تلزمه الأجرة، سواء كان الصبي حراً أم عبداً، فأما لو كان يسيراً[(٥)] لا أجرة لمثله لم تلزم وجاز[(٦)] ذلك[(٧)] **(ولو)** كان المستعمل للصغير **(أباً)** له فإنها تلزمه الأجرة إذا

---

(١) لكن مولانا عليه السلام يميل إلى ترجيح كلام المؤيد بالله على الأصول في هذه المسألة ونحوها هنا وفي آخر الغصب وفي الجنايات. (نجري). الخلاف في قوله: «وتلزم من ربي في غصب مميزاً»، وفي التنبيه في الإحياء، وفي الغصب في قوله: «ويضمن آمر الضعيف قوياً»، وفي الإكراه في قوله: «لكن يضمن المال»، وفي الجنايات في قوله: «وفي المكره خلاف»، وفي قوله: «لا بالإكراه»، وفي قوله: «فأجرته وإعناته»، ويختار في هذه المواضع كلام المؤيد بالله عليه السلام. (من خط سيدنا حسن رحمه الله). [أما في هذه فالمختار قول الهادوية، كما صرح به في الأزهار حيث قال: «فأجرته وإعناته على الواضع، لا على المالك في الأصح». (سماع سيدنا عبدالقادر رحمه الله).

(٢) حيث حبس بالتخويف أو بالقيد.

(٣) ولو برضاه، وكذا المجنون.

(*) غير المكلف.

(٤) الذي يفعله الفضلاء، لا الظلمة والجبابرة.

(٥) قال الإمام يحيى: يجوز مناولة الكوز والثوب ونحو ذلك. قال في الغيث: جرت عادة كثير من الفضلاء بأمر ولد غيره ينظر هل زيد في الدار أم لا. (غيث معنى).

(*) ما لم يتلف تحت العمل فإنه يضمنه ضمان جناية. (بيان). وقيل: لا يضمن حيث كان معتاداً.

(٦) ولا يضمنه ولو تلف. وقرره الشامي.

(٧) إن كان يرضى وإلا فلا يجوز، وأما الأجرة فلا تلزم في اليسير مطلقاً. وقيل: ولو مكرهاً، ولو تلف تحت العمل فلا يضمنه. (قرير).

=

استعمله زائداً على المعتاد(١)، ذكره في الياقوتة عن أبي مضر ولم يفصل(٢).

وقال في التخريجات: إن استعمله في خدمة البيت لم تلزمه الأجرة، وتلزمه في غير ذلك. **(ويقع عنها(٣) إنفاق(٤) الولي فقط بنيتها)** فمن استخدم الصغير وأنفقه بنية أجرته صح ذلك إن كان ولياً له(٥).

قال عليه السلام: ولو كان أباً، وتبقى نفقته ديناً في ذمته(٦). فإن لم يكن ولياً، أو كان ولياً لكنه أنفقه لا بنيتها - لم تسقط.

(*) يقال: العرف لا يجري على يتيم ومسجد، وغايته عدم ضمان الأجرة لا الجواز. (مفتي).

(١) قال في الصعيتري عن الفقيه حسن: إنه إذا استعمله في شيء يهذب به أخلاق الصبي وأحواله فلا أجرة. (وابل). وقال أبو مضر: تلزمه أجرته، ولم يفصل. (بستان). قيل: إلا أن يكون في عمل في حق الصبي.

(٢) بين خدمة البيت وغيره.

(٣) عبارة الأثمار: ويقع عنها إنفاق الولي فقط بنيتها ولو متقدمة. المؤيد بالله: ولو أبا. قال في شرحه: أما عند الهدوية فيصح ذلك إذا كان الولي غير الأب، لا إذا كان الأب فالنفقة واجبة عليه ولو كان الولد غنياً، وليس له أن ينويه عنها، فلو أنفق عليه بنية الأجرة وقع عن النفقة فقط، وأجرته تبقى في ذمته.

(٤) حيث لا يجب عليه إنفاق الصبي. (قرير).

(٥) من جد أو وصيه، أو وصي الأب، أو الإمام، أو الحاكم.

(٦) وقال الإمام شرف الدين: إن النفقة تقع عن النفقة، وتبقى الأجرة في ذمته. ومثله في حاشية السحولي.

(*) كنفقة الزوجة؛ لاشتراكهما في أنهما يلزمان المعسر. (غيث). وقيل: على أصل المؤيد بالله، وإلا فهي[١] تسقط بالمطل، وهو المذهب.

---

[١] أي: نفقة القريب.

قال **(المؤيد بالله: ولو لم تقارن**[١]**)** النية الإنفاق صح ذلك وأجزأ **(إن تقدمت**[٢]**)** عليه.

قال مولانا عليه السلام: وأما عند الهدوية فمحتمل[٣].

(و)كذلك تلزم الأجرة **(مستعمل)** الشخص **(الكبير)** إذا كان **(مكرهاً**[٤]**)** على عمل له أو لغيره.

(والعبد كالصغير) في أنه إذا استعمله غير مالكه في المعتاد برضاه[٥] لم تلزم أجرة، وإن استعمله في غير المعتاد لزمت[٦].

وأما ضمان رقبة العبد فقد أوضحه عليه السلام بقوله: **(ويضمن)** العبد[٧] **(الْمُكْرَهُ)** على العمل بغير إذن مولاه **(مطلقاً)** أي: سواء كان العبد محجوراً أم مأذوناً، صغيراً أم كبيراً، انتقل أم لم ينتقل[٨]، وسواء استعمله ....

---

(١) الظاهر أن الخلاف بين المؤيد بالله والهدوية إنما هو حيث يكون المنفق الأب، وعند المؤيد بالله يقع عنها إنفاق الأب بنيتها بناء على أصله أن نفقة الصغير تجب في ماله، فعند الهدوية أنها لا يقع عنها إنفاق الأب؛ لأن نفقة الصغير واجبة عليه، ويقع عنها إنفاق سائر الأولياء بنيتها، سواء قارنت أو تقدمت عند الجميع، وإن كان ظاهر الأزهار أن الخلاف في اشتراط المقارنة فقد ذكر معنى ذلك في الكواكب.

(٢) وفاقاً.

(٣) الصحة وعدمها.

(*) بل تصح اتفاقاً فلا احتمال.

(٤) إذا كان لمثله أجرة. (شرح أثمار) (قرير). وإن لم يعتدها.

(*) لأنه أتلف منفعته مكرهاً، وإتلاف المنافع كإتلاف الأعيان. (بستان).

(*) ولو على عمل للمكرَه.

(٥) لا يشترط الرضا؛ لأنه أتلف ما لا قيمة له.

(٦) وإذا انتقل ضمن رقبته وأجرته.

(٧) لا الحر[١]؛ إذ لا تثبت عليه اليد.اهـ إذا كان كبيراً، لا الصغير فيضمن إذا كان في غير المعتاد.

(٨) وتلف تحت العمل أو بسببه، وإلا فلا بد من الانتقال. (قرير).

---

[١] بل يضمنه ضمان جناية، حيث تلف تحت العمل أو بسببه. (قرير).

=

في يسير(١) أم كثير **(ومحجورٌ انتقل(٢))** أي: إذا كان العبد **محجوراً** غير مأذون(٣) واستعمل فيما ينتقل فيه ضمنه المستعمل(٤)، لا إذا استعمله وهو في مكانه من غير أن

(*) عند المؤيد بالله، وأما عند الهادوية فلا بد من الانتقال أو يتلف تحت العمل أو بسببه. (بيان).

(*) يقال: الحاصل أن العبد والصغير إن استعملا في المعتاد فلا أجرة، ولا ضمان للرقبة مطلقاً رضيا أو كرها، ولو تلفا تحت العمل أو بسببه، لكنه لا يجوز مع كراهة الصبي، وفي العبد مع كراهة السيد. وإن استعملا في غير المعتاد لزمت الأجرة بكل حال، وضمان الرقبة أيضاً إن تلف تحت العمل أو بسببه، إلا أنه في الحر ضمان جناية مطلقاً، وكذا في العبد قبل النقل، وبعده ضمان غصب. وحكم الكبير المكره حكم الصغير المستعمل في غير المعتاد في الأجرة والضمان. (إملاء سيدنا العلامة علي بن أحمد بن ناصر الشجني رحمه الله) (قرر).

(١) قيل: أما اليسير فلا ضمان فيه؛ لأنه مأذون له من جهة الشرع. (هبل).

(٢) راضياً.

(*) ظاهره ولو استعمله في المعتاد، وهكذا ذكره في شرح الفتح، وقيل: لا بد أن يستعمله في غير المعتاد، وأما المعتاد فهو مأذون له من جهة الشرع. (سماع) (قرر).

(٣) وأما المأذون فلا تضمن رقبته، ويصح عقد الإجارة معه، ويبرأ بتسليم الأجرة إليه، ولا يصح منه التبرع.

(٤) إذا كان غير معتاد. (بيان). وقيل: ولو في المعتاد، ذكره في شرح الفتح في الجنايات.اهـ ولفظ حاشية السحولي: قيل: الأولى أن يقال: ويضمن العبد غير المأذون إذا انتقل بالأمر راضياً في معتاد أو غير معتاد، أو تلف تحت العمل بسببه، أو مكرهاً انتقل ولو مأذوناً ولو في يسير معتاد، أو لم ينتقل وتلف تحت العمل بسببه، كما مثل. (حاشية سحولي لفظاً). الذي تقرر في **مسألة:** «ومستعمل الصغير في غير المعتاد» أن يقال: العبد والصغير مطلقاً إذا استعملا في المعتاد فلا أجرة، وأما الرقبة فالمستعمل لا يخلو: إما أن يكون حراً أو عبداً، صغيراً أو كبيراً، إن كان عبداً ضُمِن إن كان سيده كارهاً، وسواء كان العبد راضياً أو كارهاً، مأذوناً أو محجوراً، ويكون ضمانه ضمان غصب إن انتقل، وإلا فضمان جناية إن تلف تحت العمل أو بسببه، وهذا إذا استعمله في غير المعتاد، وأما فيه فلا ضمان[١] مطلقاً. وأما في الحر فإن كان مكرهاً وهو كبير ضمن أجرته، ....=

---

[١] قد صار غاصباً بالنقل ولو قل، كما في البيان. يقال: سياق البيان في الكبير فلا اعتراض.

=

يتتقل فلا ضمان عليه[١] **(ولو[٢])** كان العبد **(راضياً)** بالعمل فإنه يضمنه المستعمل له؛ لأن انتقاله عن أمره قبض.

= فإن هلك تحت العمل أو بسببه ضمنه ضمان جناية، وأما الصغير إذا استعمل في المعتاد فلا أجرة مطلقاً، فإن هلك فلا ضمان، وإن استعمل في غير المعتاد لزمت الأجرة، وضمن إذا تلف تحت العمل أو بسببه، هكذا قرر. (من خط الوالد مهدي الشبيبي رحمه الله في شرحه). ولعله لا يخالف ما في البيان مع التأمل لإطلاق صدر المسألة؛ لأنه لم يفصل إلا في الكبير. (الجميع من خط سيدنا حسن الشبيبي رحمه الله).

(١) في المعتاد. (قرر).

(*) إلا أن يتلف تحت العمل فيضمن. (حاشية سحولي). وقيل: لا يضمن في المعتاد.اهـ وأما إذا استعمله في كثير وتلف تحت العمل أو بسببه فيضمن. (قرر).

(٢) صوابه: إن كان راضياً بحذف «ولو».اهـ لأنه مع عدم حذفها قد دخل في قوله: «مطلقاً».

(فصل): في بيان ما يكره من الأجرة ويحرم

(و)اعلم أنها **(تكره**[(١)]**)** الأجرة **(على العمل المكروه**[(٢)]**)** وهو ما جرت عادة الناس أنهم لا يعقدون عليه إجارة[(٣)] صحيحة من الأعمال، كالحجامة والختان[(٤)] وحفر القبور والدلالة[(٥)]، فإن أخذ الأجرة عليه مكروه؛ لأن القاسم عليه السلام كره الدخول في العقود الفاسدة[(٦)].

وقال القاضي زيد: إنما كرهت أجرة هؤلاء لكونهم يأخذون على العادة لا على العمل[(٧)].

---

(١) كراهة تنزيه.

(٢) وحقيقة العمل المكروه للأجير والمستأجر، وذلك نحو أن يستأجر الحجام وهو صائم، وهو يضعف بحاله- فإن ذلك مكروه، وكذلك الأجرة. (شرح أثمار)[١]. وكذا لو استأجر من يوضئه لغير عذر، ونحو ذلك.

(*) يقال: ما وجه الكراهة في العمل مع أن بعضه [كالختان، وحفر القبر] واجب، وليس العمل في نفسه مكروهاً فينظر؟ الجواب: وفي الكواكب ..إلخ.

(٣) وتكون الأجرة من مال المختون إن كان له مال، وإلا فعلى منفقه. (قرير).

(٤) وذلك لأن الختان وإن كان واجباً فوجوبه على غير الخاتن، وهو المختون إن كان بالغاً [عاقلاً]، أو وليه إن كان صغيراً [أو مجنوناً]. (كواكب).

(٥) إنزال الميت إلى قبره.اهـ وقيل: أجرة الدلال على البيع. (قرير).

(٦) وفي الكواكب: وجه الكراهة الحث على التكسب في الحرف الرفيعة. (شرح بحر). لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((إن الله يحب معالي الأمور ويبغض سفسافها)).

(٧) فربما أخذ الواحد ديناراً أو دينارين على عمل يستحق عليه شعيرة أو شعيرتين[٢]؛ فيكون ذلك من أكل مال الغير بالباطل. (غيث).

---

[١] لفظ الأثمار: ويكرهان كذلك، قال في شرحه: أي: الاستئجار والعمل على ما يكره من جهة المستأجر والأجير، وذلك نحو أن يستأجر حجاماً ليحجم له وهو صائم وهو يضعفه، فإن الاستئجار وعمل الحجام ههنا مكروهان، وكذلك الأجرة يكره أخذها.

[٢] يعني: وزن شعيرة أو شعيرتين من الذهب.

قال مولانا عليه السلام: والأولى عندنا أن يقال: إن امتنع العامل من العمل إلا بها وعقد عقداً صحيحاً[(١)] حلت له[(٢)] من غير كراهة[(٣)]، وإن شرطها من غير عقد وأعطاه إياها وفاء بالوعد، لا خوفاً من لسانه[(٤)] - حلت أيضاً[(٥)]، وإن لم يشرط وأعطاه إياها في مقابلة العمل تكرماً حلت[(٦)]، وإن أعطاه خوفاً من لسانه حرم الزائد على قدر أجرته[(٧)]. **(وتحرم)** الأجرة **(على)** أمر **(واجب[(٨)])**

---

(١) في غير المحقر.
(٢) ولو خوفاً من لسانه. (قررو).
(٣) وظاهر الأزهار الكراهة.
(٤) أو لسان غيره. (قررو).
(٥) وتكره.
(*) مع علمه أنها لا تلزمه. (قررو).
(٦) مع الكراهة. (قررو).
(٧) لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((ما أخذ بسوط الحياء فهو حرم)) (بيان).
(٨) عليهما أو على أحدهما[١] غالباً[٢]. (أثمار).
(*) وأما المباح والمندوب والمسنون والمكروه فيحل ولو بالشرط. (تذكرة) (قررو).
(*) **مسألة**: وما يأخذه الرصد في الطريق: فإن كان الخوف فيها منهم إن لم يعطهم المارة لم يحل لهم[٣]، وإن كان الخوف من غيرهم: فإن أخذوه على مجرد المنع من الظلم لم يحل أيضاً؛ لأن ذلك واجب، وإن أخذوه على ما يلحقهم من مشقة السير أو الوقوف في الطريق، وكان بقدر أجرة عملهم[٤] - فإنه يجوز، لكنه يجب أن يكون من بيت المال[٥] إن وجد، وإن لم فمن الذين يخافون في الطريق، .... =

---

[١] كأن يستأجر من يرى أن غسل الميت الفاسق مباح من يرى أنه واجب.
[*]كاستئجار الشافعي للهادوي على ذبح الخيل، أو العكس على الأذان.
[٢] احتراز من استئجار الإمام المجاهدين على الجهاد فإنه واجب على الأجير والمستأجر، ويجوز للإمام الاستئجار على ذلك إن لم يتمكن من حمل المجاهدين على الجهاد إلا ببذل الأجرة، وكذلك المشهود له إذا لم يمكنه الوصول إلى حقه إلا ببذل مال للشاهد.
[٣] لأنه محظور، وقد قال صلى الله عليه وآله وسلم: ((لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة من نفسه)). (بستان).
[٤] مع عدم العقد. أما لو فرضنا أنهم استؤجروا على ذلك صحت الإجارة بقليل أو كثير، ولا يقال: إنهم أخذوا على واجب؛ لأن الواجب إنما يكون حال حصول المنكر. (رياض).
[٥] لأنه موضوع لمصالح المسلمين. (بستان).

=

سواء كان فرض عين أو فرض كفاية على الأصح، كالحكم(١)، والجهاد، وغسل

= فيقسط بينهم على قدر أموالهم إن كان الخوف على الأموال، أو على عدد رؤوسهم إن كان الخوف على الرؤوس، وإن كان الخوف على الكل قسط بين الرؤوس وبين الأموال، ولعله يكون التقسيط على قدر أجرة المثل عليهم وعلى أموالهم. (بيان بلفظه).

فرع: وهكذا في الرفيق إذا أخذ عوضاً من الخايف فهو على هذا التفصيل. (بيان بلفظه). واعلم أن الوالد رحمه الله روى عن الفقيه يوسف مسألة يليق ذكرها هنا، وهي إذا رافق رجل رجلاً من عدو له، ثم قتله عدوه، فإن كان هذا الرفيق متبرعاً بغير أجرة فلا ضمان عليه، وإن كان بأجرة فهو أجير مشترك، فإن كان العدو القاتل غالباً لا يمكن الرفيق دفعه لم يضمن أيضاً، إلا أن يكون المترفق به شرط عليه الضمان من الغالب كان على الخلاف في الغالب هل يصح تضمينه أم لا. وإن كان يمكنه دفعه فلم يفعل، أو غاب عنه عند قتله بحيث لو كان حاضراً لأمكنه الدفع عنه – فإنه يجب عليه ديته، ويكون الوارث مخيراً بين مطالبته بالدية أو القاتل بالقصاص أو الدية، فإن طالبه بالدية سقط القصاص عن القاتل، وإن اقتص من القاتل فلا شيء على الرفيق، وإذا سلم الرفيق الدية كان له أن يرجع بها على القاتل. قال إمام زماننا [يعني: الإمام عز الدين] الهادي إلى الحق عليه السلام: وهذا مستقيم، إلا في إيجاب الضمان على الرفيق فإنه يخالف القواعد؛ إذ الكبير العاقل لا يضمن؛ لأنه في يد نفسه، ولا يصح أن يكون في يد غيره، ولا أن يتعلق به استئجار على الحفظ ولا ضمان. (بستان).

(*) «غالباً» ليخرج نحو أجرة حفر القبر وحمل الميت ونحوه، وأجرة الحاكم من بيت المال، وأجرة الشاهد على قطع المسافة التي لمثلها أجرة. قيل: وكذا حيث لا يجب الحكم على الحاكم، كأن يحكم بالتقرير لليد [على وجه الاحتياط به[١]] ونحوه، كالحكم [بالملك[١]] المطلق؛ إلا أن يخرج من قوله: «واجب» فلا يحتاج إلى الاحتراز عنه. (حاشية سحولي لفظاً).

(*) كصلاة الجماعة وغيرها من العبادات. قال سيدنا: وأما الوصية لإمام المحراب فعادة الفضلاء أخذها سلفاً عن خلف، ولعل وجهه: أنها لا تؤخذ في مقابلة الصلاة، بل في مقابلة تخصيص هذا الموضع بالصلاة، وهو غير واجب. (هاجري) (قرر).

(١) إذا أخذ من المحكوم له، لا من الإمام فجائز.

(*) شكل عليه، ووجهه: أنه عد الحكم نفسه من فروض الكفايات، والأولى أنه من فروض الأعيان؛ إذ بعد سؤاله أن يحكم يتعين عليه لدفع الشجار؛ إذ هو المراد من المحاكمة، والثمرة المطلوبة بنصب الحكام، وأما نفس القضاء من حيثيته فهو فرض كفاية.

---

[١] ما بين المعقوفين غير موجود في حاشية السحولي.

=

الميت المسلم والصلاة عليه، والأذان، وتعليم القرآن(١)، وكما يأخذه الولي من الخاطب شرطاً(٢) **(أو محظور(٣))** كأجرة الكاهن(٤) والبغية(٥) والمغنية وجند

(*) والفتيا. (بيان). وأما على كتابتهما فيجوز وفاقاً. (بيان) (قرر).

(١) وسائر العلوم الدينية.

(*) في حق البالغ العاقل كما تقدم. (قرر).

(٢) حيث كانت حرة، مكلفة، راضية، من الكفؤ. (مفتي). وإن كانت صغيرة حلت[١] له[٢]؛ لأنه ليس على واجب ولا محظور.

(٣) والدليل على المحظور قوله تعالى: ﴿فَوَيْلٌ لَهُمْ مِمَّا كَتَبَتْ أَيْدِيهِمْ وَوَيْلٌ لَهُمْ مِمَّا يَكْسِبُونَ ۝٧٩﴾ [البقرة]، وذلك أن علماء بني إسرائيل كانوا يأخذون المال العظيم من ملوكهم على تحريف اسم نبينا محمد صلى الله عليه وآله وسلم في التوارة. (صعيتري).

(٤) قال في الانتصار: وهو الذي يوهم شيئاً من علم الغيب، وذلك نوع من السحر، وكانت الجاهلية تعول على الكهانة، والسبب أن الشياطين قبل النبوة كانوا يسترقون السمع، فينزلون إلى الكهان فيكذبون على ما يسمعون مائة كذبة، فلما ولد النبي صلى الله عليه وآله وسلم حرست السماء بالشهب. وفي الحديث: ((من أتى كاهناً فقد كفر بما أنزل على محمد)). (زهور). وفي حديث آخر: ((من أتى كاهناً أو منجماً أو عرافاً مصدقاً له فيما يقول فقد كفر بما أنزل على محمد)) فدل ذلك على تحريم أجرتها. والمنجم: الذي يدعي علم الغيب. والعراف[٣] قال أبو عبيدة: إنه الحازي[٤]، وقال في الشمس: هو الطبيب. (شرح بحر).

(٥) فلو أعطى البغية لمحبتها لا للمحظور، ولو طلب المحظور أجابته - قال المؤيد بالله: يحل لها ولم يجب التصدق، فأما لو أعطى للمحظور ولغيره حرم ما قابل المحظور، فيحل نصفه ويحرم[٥] نصفه، فيجب رده على دافعه إذا كان مشروطاً. (صعيتري).

---

[١] إذا كان لمثله أجرة. (قرر).

[*] وقد صرح به في البيان هنا وفي النكاح.

[٢] ما لم تتعين المصلحة في حق الصغيرة فلا تحل. (قرر).

[٣] هو الذي يدعي أنه يعرف زجر الطير، فيقول إذا صاح الحمام أو نعب الغراب: يقع كذا وكذا خيراً أو شراً.

[٤] قال في النهاية: أراد بالعراف المنجم أو الحازي الذي يدعي علم الغيب.

[٥] عبارة البيان: فيحل له قدر أجرة المباح، ذكره المؤيد بالله. (بيان بلفظه) (قرر).

الظلمة[(١)] **(مشروط)** عند دفع الأجرة **(أو مضمر)** غير منطوق به، فإنها تحرم في الحالين جميعاً، سواء **(تقدم)** فعل الواجب أو المحظور على دفع الجعالة **(أو تأخر)** إذا كان دفعها في مقابلتهما **(غالباً)** احترازاً من أن يفعل واجباً لا في مقابلة جعالة بل لوجوبه، فيعطى بعد ذلك شيئاً لأجل عمله، فإنه يجوز له أخذه[(٢)]؛ لأنه من باب البر ولو فهم[(٣)] أنه لأجل ذلك العمل. **(فتصير)** الأجرة حيث لم ترد إلى الدافع **(كالغصب[(٤)] إلا في الأربعة)** الوجوه التي تقدمت في البيع الباطل، وهي: أنه يطيب ربحه[(٥)]، ويبرأ من رد إليه[(٦)]، ولا أجرة إن لم يستعمل[(٧)]، ولا يتضيق الرد إلا بالطلب[(٨)] **(إن عقدا[(٩)])** أي: إن شرطا الأجرة على الواجب أو المحظور، نحو أن يقول: أعطيتك هذا المال لتعليم القرآن[(١٠)]، أو لتمكني من الزنا[(١١)]، أو نحو ذلك، فإن الأجرة مع الأخذ لها

(١) الجندي الذي يطوف عليهم بالشراب، وهو الأمرد. (غيث معنى).

(٢) ما لم تلحقه تهمة فيأثم، وتحل له الأجرة. (قرير).

(٣) بل ولو صرح كالهدايا.

(٤) وقد دخل في هذا أنه يكون حكم فوائده في يد القابض حكم فوائد الغصب[١]. (حاشية سحولي لفظاً).

(٥) إن كانت نقداً، لا لو كانت عيناً لم يطب ربحها، بل يتصدق به كالغصب. (غاية). وقيل: لا فرق؛ لأنه في يده برضا مالكه؛ ولأنه ليس بربح حقيقي.

(٦) أي: إلى الغاصب.

(٧) فإن استعمل لزمته الأجرة مدة الاستعمال فقط، أما لو امتنع من الرد بعد الطلب فغاصب مطلقاً. (حاشية سحولي لفظاً) (قرير).

(٨) أو موته.

(٩) أي: صرحا[٢] سواء كان بعقد أو شرط. (قرير).

(١٠) في الواجب.

(١١) في المحظور.

---

[١] وهو أنها أمانة لا يضمنها إلا إذا نقلها لنفسه، أو جنى عليها، أو لم يرد مع الإمكان. (قرير).

[٢] بكون ذلك للواجب أو المحظور.

كالغصب إلا في هذه الأربعة المتقدمة **(ولو)** عقدا **(على مباح**[١] **حيلة**[٢]**)** في التوصل إلى المحظور كانت الأجرة كالغصب إلا في الأربعة، وذلك نحو أن يستأجر البغية أو المغنية للخدمة، أو السلطان يستأجر الجندي لخدمته، ويكون المعلوم عندهم أن صاحب المال إنما يعطي لأمر محظور.

وقال المؤيد بالله في الصحيح من قوليه: إن الحكم للعقد لا للضمير.

(وإلا) يكن ثم عقد وكانا مضمرين[٣] **(لزم التصدق بها**[٤]**)**.

نعم، فإن شرطا في الظاهر أمراً محظوراً وتعاقدا عليه، ثم فسخا ذلك

---

(١) فإن أعطى البغية ونحوها لمجرد المحبة لها، لا لمحظور يريده منها - فإنه يطيب لها، ذكره المؤيد بالله. (بيان) (قرير).

(*) ولا يجوز التصدق به بحال؛ لأن هذا الشرط منع من وقوع الملك له؛ ولأن الشرط الذي جعله عوضاً عن المال إذا كان حراماً كان المال الذي في مقابلته حراماً؛ لقوله تعالى: ﴿فَوَيْلٌ لَهُمْ مِمَّا كَتَبَتْ أَيْدِيهِمْ وَوَيْلٌ لَهُمْ مِمَّا يَكْسِبُونَ۝٧٩﴾ فتوعدهم على كسبهم على الحرام، وهذا يدل على أن الإباحة إذا بطل عوضها بطلت. (غيث).

(٢) هكذا عبارة الأزهار أنه يرد لمالكه إذا عقدا على مباح حيلة، والتصدق حيث أضمرا من غير عقد، والذي في شرح التذكرة والذويد أنه كالمضمر، فيجب التصدق به، وهذا أولى، وقد ذكره في تعليق ابن مفتاح، وقواه المفتي والسيد أحمد الشامي.

(*) لعل هذا بالنظر إلى الزائد على أجرة المثل، وأما هي فيستحقها المستأجر.

(٣) أو الدافع. (قرير).

(٤) ولا يبرأ بالرد إلى الدفع، كربح المغصوب؛ لأنه قد صار الحق للفقراء.

(*) مع الإضمار، والرد مع العقد.

(*) وأما فوائدها فتطيب له؛ لأنها من الربح[1]. وقيل: لا تطيب؛ لأنها قد صارت للفقراء وخرجت عن ملك الدافع. (نجري).

(*) وبفوائدها. (قرير).

(*) ولو في أصوله وفصوله. (قرير). ولو في هاشمي؛ لأنها قد صارت مظلمة. (قرير).

---

[١] ومثله في حاشية السحولي. والمختار خلافه. (قرير).

العقد[١] والشرط عند الدفع، ودفعه إليه لا في مقابلة ذلك الشرط والعقد، بل لله أو عن زكاته[٢] أو نحو ذلك - ففي ذلك قولان للمؤيد بالله حكاهما أبو مضر: قول: إنه يطيب للآخذ[٣]، وقول: إنه لا يطيب له.

قال الفقيه يحيى البحيبح والفقيه محمد بن يحيى: ليسا بقولين، ولكنهما طرفان[٤]، وهو أن العبرة بقصد الدافع، فإن قصد الدافع في مقابلة العقد كان محظوراً عليه، وإن قصد غيره جاز.

قال عليه السلام: وقد دخل هذا الوجه في قولنا في الأزهار: **(ويعمل)** الآخذ للجعالة **(في ذلك بالظن)** إن غلب في ظنه أنها في مقابلة محظور قد فعله أو

---

(١) لا فرق. (قرير). لأن الأول باطل.

(٢) بعد التوبة اتفاقاً، أو على القول بجواز صرفها إلى الفاسق.

(٣) اعتباراً بالانتهاء.

(*) **مسألة**: ومن أمر غيره يتكلم له في حاجة إلى غيره، وشرط له عوضاً، فإن كان ما يتكلم فيه مباحاً[١] أو مندوباً أو مكروهاً حل له العوض إن طابت به نفس المعطي أو كان قدر أجرة المثل، أو كانت الإجارة صحيحة. وإن كان محظوراً لم يحل العوض بكل حال، لأنه في مقابلة قبيح فقبح. وإن كان واجباً -نحو أن يكلمه بأن يدفع عنه الظالم أو يوفيه حقه- فإن كان ذلك متعيناً عليه لم يحل العوض عليه، وإن كان غيره يقوم مقامه فيه لم يحل أيضاً، خلاف أحد قولي أبي طالب، وهذا حيث لا يتكلم المتكلم إلا بالعوض، فأما إذا كان يتكلم ولو لم يعط شيئاً، لكن أعطاه المعطي تبرعاً[٢] - فإنه يحل، ذكره في الشرح. (بيان بلفظه).

فرع: وأما من يصلح بين خصمين فمع التباس الحال في وجوب الحق وعدم وجوبه الأقرب جواز ما يأخذه برضا المعطي له، ومع بيان وجوب الحق أو بطلانه لا يجوز؛ لأنه على واجب أو محظور. (بيان).

(٤) والفرق بين القولين والطرفين: أن القولين لا يصح اجتماعهما. (غيث). بخلاف الطرفين.

---

[١] فالمباح نحو أن يأمر من يشتري له، والمندوب أن يأمر من يتزوج له حيث يندب، والمكروه أن يأمر غيره يتزوج له حيث يكره، والمحظور حيث يأمر غيره أن يسأل له مع الكفاية.

[٢] قيل: إذا كان بعد العمل، وهذا حيث لا تهمة في الكل.

سيفعله أو واجب يطلب منه فعله فإنها تحرم عليه، وإن غلب في ظنه أنها ليست في مقابلة شيء من ذلك جاز له أخذها ولو ذكر عند الدفع أنها لأجل الشرط[١].

(فإن التبس) على الآخذ، أي: لم يحصل له ظن هل هي في مقابلة محظور في ضمير المعطي أم لا **(قبل قول المعطي[٢])** في ذلك؛ لأنه لا طريق له إلى ما في ضميره إلا كلامه **(ولو)** قال الدافع: إنه لا للشرط المتقدم **(بعد قوله:)** إنه **(عن المحظور[٣])** فإن للآخذ أن يقبل قوله إذا لم يغلب في ظنه كذبه.

قال بعض المتأخرين[٤]: وكلام أبي مضر فيه نظر، بل لا يقبل قوله في هذه الصورة إلا أن يحصل له ظن بكلامه المتأخر.

قال مولانا عليه السلام: لا وجه للتنظير، ثم ذكر وجه كلام أبي مضر في شرحه[٥] عليه السلام.

---

(١) لعله مع ظن الهزل.

(٢) لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((نحن نحكم بالظاهر، والله يتولى السرائر)).

(*) عند الدفع لا بعده؛ لأنه قد خرج عن ملكه. (كواكب معنى). وظاهر الأزهار الإطلاق. (قرير).

(٣) أما لو قال أولاً: هو عن غير المحظور، ثم قال: هو عن المحظور -عكس صورة الكتاب- لم يقبل قوله؛ لأنه قد خرج عن ملكه، إلا أن يغلب في الظن صدقه. (نجري) و(قرير).

(٤) الفقيه يوسف.

(٥) قال فيه: لأن أبا مضر بنى على أنه لم يحصل له ظن بالقول الأول، وإذا لم يحصل له ظن بالقول الأول فليس له ذلك إلا لقرينة أخرجته عن الظاهر، وهو أن الدفع لا للشرط، فتدافعت القرينة هي وقوله: إنه للشرط؛ فتساقطا، فلما جاء القول الآخر ناقضاً للقول الأول تقررت القرينة، فكان الاعتماد على القول الآخر، فصح كلام أبي مضر. (غيث).

(فصل): في الاختلاف بين الأجير والمستأجر

إذا اختلفا في قدر المدة **(و)**جبت **(البينة على مدعي**[١] **أطول المدتين**[٢]**)** نحو: أن يقول المستأجر: استأجرت الدار أو نحوها شهرين، وقال المؤجر: بل شهراً. أو قال[٣]: أجرتها منك شهرين، وقال[٤]: بل شهراً.

(و)البينة على مدعي **(مضي المتفق عليها)** فإذا اتفقا على قدر المدة[٥] واختلفا في الانقضاء فالقول قول منكر الانقضاء[٦].

(و)البينة **(على المعين للمعمول فيه**[٧]**)** فلو قال القصار لصاحب الثوب: هذا ثوبك، وقال صاحب الثوب: ليس بثوبي- فعلى القصار البينة. فإن كان المعين للثوب هو صاحبه، نحو أن يقول: هذا ثوبي، فيقول القصار: ليس بثوبك- فالبينة على صاحب الثوب[٨].

---

(١) قال الفقيه يوسف: وأما إذا اختلفا في الجهة هل إلى جهة الشرق أو إلى جهة الغرب، بعد الاتفاق على قدرها على أنها بريد أو فرسخ أو نحو ذلك، فإن استوت الجهتان لم يلزم المستأجر السير في أحدهما، بل يخير، وإن اختلفا صعوبة وسهولة كان القول للمالك. (نجري معنى). هذا إذا كان قبل السير، وأما بعده فالقول للمستأجر على الأصح، وهو الصحيح. (قرير).

(٢) وكذا المسافتين.اهـ وهذا إذا كان قبل مضي المدة وقطع المسافة، وأما بعده فالقول للمستأجر؛ إذ المالك يدعي عليه التعدي، كما سيأتي في العارية. (حاشية سحولي).

(٣) أي: المالك.

(٤) أي: المستأجر

(٥) فلو لم يتفقا على قدر المدة، بل قال المؤجر: انقضت مدة إجارتك. وقال المستأجر: هي باقية، فعلى المستأجر البينة. (زهور معنى) (قرير). وهو مفهوم الأزهار بقوله: «المتفق عليها».

(٦) ينظر ما فائدة المالك حيث ادعى عدم الانقضاء؟ فلعل الفائدة إذا كانت مضمنة.

(٧) يعني: المضمون؛ ليخرج الخاص.اهـ فإنه يقبل قوله؛ لأنه أمين. (قرير).

(*) والمحمول.

(٨) فعلى هذا من عين بين.

وحاصل الكلام في المسألة: أنهما إما أن يبينا أو لا يبينا أو يبين أحدهما، إن لم يبينا فالقول قول المالك في أن الذي جاء به القصار ليس بثوبه، مع يمينه، فإذا حلف(١) لم تجب عليه الأجرة(٢)، وإن نكل وجبت عليه(٣).

قال الفقيه علي: ويكون هذا الثوب لبيت المال(٤)؛ لأنهما نفياه. والقول قول القصار أن ما ادعاه المقصر ليس بثوبه، فإن حلف بطلت دعوى المقصر(٥)، وإن نكل حكم له به.

قال مولانا عليه السلام: ولعل الأجرة تلزمه(٦)؛ لأنه قد صار معترفاً بلزومها.

قال الفقيه علي: وإن نكلا جميعاً(٧) كان الثوبان لبيت المال(٨).

---

(١) يعني: المالك.

(٢) والثوب لبيت المال على القول، والمختار للقصار. (قرر).

(*) ثم يحبس القصار حتى يسلم ثوباً يتصادقان عليه، أو حتى يغلب في الظن أنه لو كان باقياً سلمه، ثم يسلم بعد ذلك قيمة ثوب، ما رآه الحاكم. (قرر).

(٣) ويكفي القصار التخلية بينه وبين الثوب. (قرر).

(٤) في الوجهين.

(*) والمختار خلافه. (قرر). في الوجهين.

(*) بل للقصار، وهو مستقيم مع يمين المالك. (سيدي حسين).

(٥) والمختار أنه إذا أتى ببينة قبلت ولم تبطل الدعوى. (حثيث). وقرره الشامي.

(٦) وتكون لبيت المال حيث هي معينة.اهـ بل للقصار سواء كانت معينة أم لا. (زهور) و(قرر).

(٧) فإن حلفا جميعاً أجبر الحاكم القصار على تسليم ثوب يتصادقان عليه، وإن لم يسلم حبسه الحاكم حتى يغلب في الظن أنه لو كان موجوداً لسلمه، ثم يضمنه قيمته للمالك. (بيان معنى) (قرر). لكن يقال: هل قيمة الثوب الذي ادعاه المالك أو تكون قيمة الأوسط؟ قيل: قيمة الذي ادعاه المالك. وقيل: قيمة الأدنى؛ لأن الأصل براءة الذمة. (شامي). وقيل: برأي الحاكم. (قرر). ويحلف القصار ما يستحق عليه المالك في ظاهر الشرع زائداً على هذه القيمة. (شامي).

(*) وفي الكواكب: وإن نكلا جميعاً حكم للمالك بالثوب الذي ادعاه، وللقصار بالأجرة التي ادعاها. (كواكب لفظاً). أي: أجرة الثوب الذي عينه القصار.

(٨) لأن نكول كل واحد نفي للآخر وإقرار بما نكل عنه. قلنا: هذا فيه نظر؛ لأنه لو كان =

وأما إن بينا فإن اتفقا أنه لم يسلم إلا ثوباً واحداً تكاذبت البينتان وكان كما لو لم يقيما بينة[(١)]، وإن لم يتفقا على ذلك حمل البينتان على السلامة وأنه قد سلم ثوبين، فيستحق ما ادعى، وتجب عليه الأجرة لبيت المال[(٢)]. وأما إن بين أحدهما فإن كان القصار فله الأجرة، والثوب لبيت المال[(٣)]، وإن كان المقصر استحق ما ادعى من الثوب، وعليه الأجرة كما تقدم[(٤)]، وأما الثوب الذي جاء به القصار فقد صار لبيت المال[(٥)] في الوجوه جميعاً[(٦)]، وكذلك ما أشبهه من المصنوعات.

إقراراً محققاً لم يصح من الآخر أن يدعي بعد نكوله. (غيث بلفظه).

(*) أما الثوب الذي ادعاه المالك فلا وجه لجعله لبيت المال، بل يكون للمقصر، ويكون له أجرة الثوب الذي سلم لبيت المال.

(١) فيرجع إلى التحالف [والنكول].

(٢) فيما عينه المالك.

(*) بل لا تجب على المقصر في الثوب الذي ادعاه وبين به.

(*) ويحكم للقصار بأجرة الثوب الذي ادعاه وبين، والثوب لبيت المال. وقيل: للقصار.

(*) بل للقصار، ولا تكون لبيت المال؛ لأنهما متصادقان على لزومها في أحد الثوبين.

(٣) وقد برئ القصار من الضمان. (قرير).

(*) بل للمقصر. (قرير). إن قبله، وإلا بقي للقصار على المختار. (سيدنا حسن) و(قرير).

(٤) لبيت المال إن كانت مما يتعين. وقيل: بل للقصار. (قرير).

(٥) وقال الإمام يحيى وأصحاب الشافعي: بل يبقى للقصار حيث لم تصح دعواه؛ لأن إقراره كالمشروط بأن يقبله المالك أو يبين به. وهو المفهوم من كلام أصحابنا في اللمع وغيرها. (بيان). وهو ظاهر الأزهار فيما يأتي في قوله: «ولا يصح لمعين إلا بمصادقته»، واختاره للمذهب القاضي عامر. و(قرير).

(٦) والمذهب أن الثوب في جميع الصور لا يكون لبيت المال؛ لأن إقراره كالمشروط[١]. وقرره الشامي والتهامي.

---

[١] بأن يقبله المالك أو يبين به.

(وعلى المشترك[(١)]**)** البينة **(في قدر الأجرة**[(٢)]**، و)**في أنه **(رد ما صنع**[(٣)]**، وأن المتلف غالب**[(٤)] ....

(١) وكذا الخاص هنا[١]؛ لأنه يدعي الزيادة[٢]، ولعل إفراد المشترك لأجل الأمور الباقية بعد ذكر الأجرة.

(*) ووارثه.

(٢) حيث ادعى غير المعتاد أو غير الغالب، وأما إذا ادعى المعتاد أو الغالب فالقول قوله. (قرير).

(٣) وأما إذا رد المشترك المعمول فيه وفيه عيب، فقال المالك: «حدث معك يا مشترك بجناية منك أو تفريط»، وقال المشترك: «بل معك يا مالك»، فقال في الذويد: هذه المسألة حدثت تحتاج إلى نظر، وهو يقال فيها: إن كان مما يعلم تقدمه فالقول قول المشترك، وإن كان مما يعلم تأخره فالقول قول المالك، ومع اللبس القول للمشترك، كما في الرهن والبيع، وكما في الغصب، فإن القول للغاصب في تقدم العيب، وكذا لو قال الغاصب: «كان معيباً وقد تلف» فالقول قوله على المذهب، خلاف الإمام يحيى ومهذب الشافعي. (غاية).

(٤) **تنبيه**: إذا كانت شاة في يد رجل وهي مذبوحة، وأخبر أنها ميتة، وأن الذبح وقع بعد الموت[٣] - وجب العمل بقوله في تحريمها، لا في سقوط الضمان عنه فإنه لا يجب العمل بقوله[٤]. (غيث).

(*) بعد التصادق على التلف.اهـ وإلا فالقول قول المالك سواء أمكن البينة أم لا. (قرير). كما سيأتي في الدعاوي أن القول قول منكر تلف المضمون.

---

[١] وأتى بهذه العبارة ليعطف قوله: «ورد ما صنع».

[٢] ولفظ حاشية: والأولى أن يقال: وعلى الأجير البينة في قدر الأجرة؛ إذ المشترك وغيره سواء، ولو قيل: «وعلى المستحق للأجرة في قدرها» لكان أشمل؛ لأنه يدخل فيه الخاص والمشترك ومؤجر العين. (حاشية سحولي). وإنما ذكر المشترك ليبين أنه يخالف الخاص في دعوى الرد والتلف، لا في قدر الأجرة فهما سواء.

[٣] قال أبو مضر: وسمعت من يفتي ويقول: إن الراعي إذا جاء بعقب أو طرف أذن، وقال: إن الحيوان مات - فإنه يترك على الماء فإن طفا فهو ميت، وإن رسب فهو مذكى. (كواكب، وشرح بحر).

[٤] بل عليه البينة بما ادعاه من موتها قبل ذبحها، وإن لم يبين ضمن عند المؤيد بالله أرش الذبح، وعند الهادي يخير المالك بين أخذها بلا شيء وبين تركها وأخذ قيمتها. قال الفقيه يحيى البحيبح: فلو عافها الناس لأجل إقراره بموتها بحيث صارت لا قيمة لها ضمن قيمتها وفاقاً؛ لأنها مضمونة عليه.

إن أمكن البينة عليه(١)**)** أي: إذا اختلف الأجير المشترك هو والمالك في أي هذه الثلاثة الأشياء فالبينة على الأجير، فإن كان لا يمكن إقامة البينة على المتلف فالقول قول الأجير، وذلك كالموت(٢) والعمى والصمم. والذي يمكن إقامة البينة عليه نحو الحريق والريح وأخذ القادر(٣) وغلبة الذئاب واللصوص ونحو ذلك(٤). **(وعلى المالك**(٥)**)** البينة في أربعة أشياء: **(في الإجارة)** حيث ادعى أنه أجر من شخص عيناً وأنكر ذلك الشخص فعليه البينة. **(والمخالفة**(٦)**)** نحو:

---

(١) **مسألة**: إذا فرط الأجير في حفظ المستأجر عليه حتى تلف بغالب ضمنه، كأن يتركه في مكان وقد غلب بظنه أنه يذهب بظالم أو حريق أو ذئاب أو نحو ذلك مما لا يمكنه دفعه مع المعاينة. (مقصد حسن).

(٢) نحو: أن يموت الحيوان، فقال هو: «مات من الله»، وقال المالك: «بل بجناية»، فالبينة على المالك، إلا أن يكون في الحيوان أثر جناية يجوز أنه مات منها فالبينة على الأجير أنه مات من الله لا منها. (بيان بلفظه). قيل: أما إذا كان الأجير مشتركاً أو نحوه ممن يجب عليه الحفظ وجب عليه الذبح وإن خشي التضمين؛ لأنه يجب عليه الحفظ].

(*) **فائدة**: لو قال قائل: إن بقرة القصاب ميتة، فنفر الناس عنها، فصارت لا قيمة لها – فإنه لا يضمنها؛ لأنها غير مضمونة عليه، ولا هي في يده أمانة[١]. (بيان).

(٣) وتكفي البينة على نهب القافلة أو على نهب البلد الذي فيها المعمول أو المحمول، ولا يحتاج إلى بينة على نهب هذا المعمول والمحمول بعينه. (قرير). لكن عليه البينة أن تلك العين في القافلة أو البلد، أو يتصادقان على ذلك. (مرغم)

(٤) الجراد والسيل.

(٥) عبارة الأثمار[٢]: «على مدعي الإجارة». (قرير). ليدخل الولي والوكيل.

(٦) **مسألة**: من دفع إلى خياط ثوباً ليقطعه ويخيطه قميصاً، فقطعه ثم لم يكف القميص – فلا شيء عليه، وكذا لو قال له المالك: أهو يكفي قميصاً؟ فقال: نعم، فقال له: اقطعه. فأما لو قال له: «اقطعه إن كان يكفي قميصاً» فقطعه ....=

---

[١] قال في الغيث: فإن غلب الظن بصدقه وجب العمل بتحريمها. (شرح بحر) (قرير).

[٢] عبارة الأثمار: والبينة على مدعي خلاف الأصل.

=

أن يدعي أنه أمره بقطع الثوب قميصاً فقطعه قباء(١)، أو أمره بصبغه أسود فصبغه أحمر، أو نحو ذلك - فإن القول للأجير(٢) والبينة على المالك.

وقال المؤيد بالله وأبو حنيفة: إن القول قول المالك(٣).

وحاصل الكلام في هذه المسألة: أن الاختلاف إن كان قبل القطع فالقول قول المالك وفاقاً(٤) في نفي ما ادعاه الخياط، والقول قول الخياط(٥) في نفي ما ادعاه المالك على قول الهدوية(٦)، ....

= ولم يكف فإنه يكون صاحبه مخيراً[١] بين أخذه أو أخذ قيمته[٢] قبل القطع. وعند المؤيد بالله: ليس له إلا أخذه مع أرش القطع.

فرع: وكذا فيمن دفع إلى حائك غزلاً لينسجه له قدراً معلوماً، فنسجه ولم يكف لذلك القدر - فهو على هذا التفصيل. (بيان قبيل فصل: وإذا كانت الإجارة فاسدة).

(١) أي: عباية.

(٢) لأنه يدعي التضمين والأصل عدمه.

(٣) لأنه يدعي الإذن والأصل عدمه.

(٤) بل فيه خلاف الهادي عليه السلام.

(٥) لأن كل واحد مدع ومُدَّعىً عليه.

(٦) وإنما خص الهدوية لأن المؤيد بالله يخالف ويقول: القول قول المالك مطلقاً. (زهور). لأنه يعتبر الأصل الأول، وهو عدم الإجارة.

(*) فيتحالفان[٣] وتبطل؛ لأنه لا يلزمه عمل ما ادعاه المالك؛ لأن دعوى المالك كالإضراب. (قرير).

---

[١] لعل التخيير حيث كان الأرش فوق النصف من قيمة الثوب كما تقدم. (إملاء). ومثله في الأثمار، ولعل هذا حيث غيره إلى غير غرض. (قرر).

[٢] هذا فيما إذا كان مضموناً[٠] قبل الجناية [كالأجير المشترك] وأما ما ضمن بنفس الجناية ولم يكن مضموناً من قبلها [كالخاص.] فلا يلزمه إلا الأرش فقط. (رياض) (قرير).

[٠] وهو هنا قد صار ضامناً من قبل الجناية بنفس القبض، فلهذا يثبت الخيار. (سماع سيدنا حسن رحمه الله) (قرير).

[٣] فإن بين[٠] أحدهما حكم له. (بحر) و(قرير).

[٠] ولا تستقيم البينة منهما جميعاً قبل القطع؛ لأن فيه تكاذباً. وفي حاشية: فإن بينا جميعاً: فإن أرختا إحداهما وأطلقت الأخرى حكم للمطلقة، وإن أرختا إلى وقتين حكم للأخيرة، وإن أطلقتا أو أرختا إلى وقت واحد بطلتا ورجع إلى التحالف والنكول. (عامر) و(قرير). فإن حلفا معاً أو نكلا معاً بطلت الإجارة، وإن نكل أحدهما حكم عليه. (عامر) و(قرير).

وإن كان بعد القطع(١) فإن كان الخياط معتاداً لأحدهما فقط(٢) فالظاهر مع العادة(٣)، وإن كان معتاداً لهما أو هو أول ما أراد من الخياطة فمحل الخلاف المتقدم(٤).

قوله: **(غالباً)** احتراز من صورة، وهو أن يدعي المالك أنه أمر الصباغ يصبغ له صبغاً يساوي خمسة، فصبغ الأجير ما يساوي عشرة(٥)، وقال: هو الذي أمرتني به، فالقول قول المالك هنا(٦).

(و)الثالث: أن يختلفا في **(قيمة التالف(٧))** في يد الأجير، أو في قيمة ما ذهب

---

(١) فإن بينا معاً حكم لكل واحد بموجب بينته، فللمستأجر[١] بما ادعاه من العمل، وللأجير بما ادعاه من الأجرة. (بيان).

(٢) أو الغالب.

(*) وإن لم تكن له عادة أو التبست رجع إلى عادة أهل البلد الذي أعطاه فيها. (كواكب لفظاً). فلو اختلفت عادة الأجير وعادة أهل البلد فلعل عادة الأجير أولى. (قرر).

(٣) والبينة على مدعي خلاف العادة.

(٤) فعندنا القول قول الخياط. (قرر).

(*) بين الهادي والمؤيد بالله.

(٥) وأما العكس فالقول للصباغ؛ لأنه يدعي عليه المخالفة في الصنعة الموجبة للأقل من المسمى وأجرة المثل.اهـ فإن بين المالك وأمكن الزيادة في الصبغ وجبت، وإن لم يمكن خير المالك بين أخذ ثوبه وعليه الأقل من المسمى وأجرة المثل، وبين تركه وأخذ قيمته قبل الصباغ ولا أجرة عليه. (بيان). هذا حيث غيره إلى غرض، وإلا فالأرش في اليسير، والتخيير في الكثير. (عامر) (قرر).

(٦) حيث لا عادة، أو اعتادهما ولا غالب؛ لأن الأجير يدعي الزيادة هنا في قيمة الصبغ. (قرر).

(*) مع اتفاقهما على أنه أسود أو أحمر. (قرر).

(*) وهو متبرع بالزيادة. (بيان) (قرر).

(*) لأن الأجير يدعي الزيادة.

(٧) وفي قدره، وجنسه، ونوعه، وصفته. (قرر).

---

[١] وللمالك الخيار بين أخذ ثوبه [إذا غيره إلى غرض. و(قرر)] أو قيمته. (برهان).

في الحمام، فإن البينة على المالك، واليمين على الأجير، إلا أن يدعي ما لم تجر عادة الرجل[(١)] بلبسه فعليه البينة[(٢)].

(و) الرابع: أن يختلفا في **(الجناية**[(٣)]**)** نحو: أن يعطي الحائك غزلاً ينسجه له، فلما نسجه ادعى المالك أنه خلط على غزله[(٤)] غزلاً فالبينة[(٥)] على المالك[(٦)]؛

---

(١) أو يدعي ما لم تجر العادة بالتقويم به. (قرز)

(٢) راجع إلى الحمامي فقط.

(٣) ومسألة الجناية في التحقيق لا تختص الأجير المشترك، بل دعوى الجناية منه كدعوى الجناية من غيره، وإنما سبب ذكرها أنها جاءت على سبيل التأويل لإطلاق الهادي في مسألة الحائك[١]. (حاشية سحولي).

(*) جناية وخيانة بهما.

(٤) أو أبدله. (قرز).

(٥) **مسألة**: وما يقطعه الحائك من غزل الغير على آلة الحوك عند تمام الثوب ثم يصل إليه ثوباً آخر - فإنه يحل له إذا علم به صاحب الثوب الأول ورضي[٢]، لا إن جهل أو كره. (بيان بلفظه).

(٦) ولفظ البيان: **مسألة**: وإذا سلم الحائك الثوب الذي نسجه فقال المالك: ما هذا غزلي، بل أبدلته أو خلطت فيه غيره -فقال الهادي: البينة على المالك. فقيل: إنه يخالف قول المرتضى في مسألة القصار، وقيل: بل يفرق بينهما بأن الثوب يمكن البينة عليه لا الغزل. وقال الفقيه يحيى البحيبح: إنما كانت البينة على المالك لأنه ادعى على الحائك إبدال الغزل أو الخلط فيه، فأما لو قال: ما هذا غزلي، كان القول قوله، كما في مسألة القصار[٣]. (بيان).

---

[١] إذا قال له المالك: «ليس هذا غزلي»، وقال الحائك: «بل غزلك» - أن القول قول الحائك، مع أن البينة مع التعيين على المعين للمعول فيه، فتأول قول الهادي عليه السلام على أن المالك ادعى على الحائك أنه خلط على الغزل، يعني: أبدل بعضه، فكان هذا جناية منه يدعيها المالك، فقبل قوله في عدم الجناية. وأما لو أنكر المالك كونه غزله بالكلية فالقول قول المالك، والبينة على الحائك. (حاشية سحولي).

[٢] أو جرى عرف بالتسامح به، قلت: وهذا مثل كلام المؤيد بالله في استهلاك مال الغير. (مفتي) (قرز).

[٣] والجامع بين هذه المسألة ومسألة القصار أن المدعي يدعي براءة ذمته من الثوب الذي قصره، والحائك كذلك.

=

لأن يدعي الجناية، وإنما أوجبنا البينة على المالك **(كالمعالَج**(١)**)** المجروح إذا ادعى أن الذي عالجه جنى عليه بالمباشرة، وقال الأجير: بل بالسراية(٢) - فإن البينة على المجروح، إلا أن يكون ثم أثر من فعل الطبيب(٣) يمكن إقامة البينة عليه كان القول قول المجروح(٤).

(و)البينة **(على مدعي إباق**(٥) **العبد بعض المدة**(٦)**)** يعني: إذا استأجر

(*) **مسألة**: من رأى بقرة غيره تجود بنفْسها وغلب على ظنه حصول موتها - استحب له ذبحها[١]؛ حفظاً لمال الغير. وقال أبو مضر: بل يجب عليه ذبحها. قلنا: فإن صادقه مالكها على ذلك أو بين به فلا شيء عليه، خلاف أبي جعفر[٢]. وإن لم يبين وحلف المالك ضمن [٣] في ظاهر الشريعة. (بيان بلفظه).

(١) وهذه مسألة دخيلة، ليست من باب الإجارة. (من حواشي الهداية).

(٢) إذا كان بصيراً، وإلا فهو ضامن. (قرير).

(٣) لعل الصواب أن يقال: اللهم إلا أن يكون ثم أثر من فعل الطبيب يدل على المباشرة فإن القول قول المجروح -لأن معه شاهد الحال -من غير يمين، وهو قياس ما تقدم في العيوب. (قرير).

(٤) والبينة على الطبيب. (بيان). وتكون البينة على أنه فعل المعتاد، وأنه مات من الله. (كواكب).

(٥) ونحو الإباق كالمرض ونحوه[٤]. (قرير).

(٦) أو كلها. (بيان) (قرير).

---

[١] ولا يجب، بخلاف الأجير المشترك فيجب عليه ذبحها؛ لأنها مضمونة عليه، والموت وإن كان غالباً فهو يمكن الاحتراز منه بالذبح.اهـ وظاهر كلام الكتاب في **مسألة:** وإذا ماتت البقرة ..إلخ خلاف هذا. ولفظ البيان: **مسألة:** وإذا ماتت البقرة ونحوها أو عميت فقال الأجير: هو من الله، وقال المالك: بل بجناية - فالبينة على المالك إذا لم يكن فيها أثر جناية يجوز أنها سبب الموت أو العمى. فإن قيل: إنه كان يمكنه ذبحها قبل الموت لئلا تتلف، فإذا لم يفعل ضمنها - فلعله يجاب بأن ذبحها جناية في الظاهر توجب عليه الضمان، ولو أمكنه الإشهاد على ذلك فهو يجوز موت الشهود أو عدم قبولهم. (بيان لفظاً)..

[٢] وقال أبو جعفر: يجوز له ويضمن مطلقاً. (بستان).

[٣] الأرش إن لم ينقل، وإن نقل فالتخيير. (قرير).

[٤] امتناعه من العمل، أو خراب الدار. (قرير).

رجل من رجل عبداً ليخدمه سنة أو نحوها، وقبضه، ثم ادعى أنه أَبَق بعض السنة(١) فعليه البينة(٢) **(إن)** كان العبد عند الاختلاف **(قد رجع(٣))** إذ لو كان آبقاً فالقول قوله في قدر إباقه، ولا فرق بين أن تكون مدة الإجارة باقية أو منقضية. **(والقول للمستأجر(٤) في الرد(٥)، والعين، وقدر الأجرة(٦))** فإذا استأجر عيناً واختلف هو والمؤجر في ردها، فقال: قد رددتها، وأنكر المالك، أو قال: هي هذه، وأنكرها المالك، أو قال: أجرتها خمسة، وقال المالك: عشرة- فالقول قول المستأجر(٧) في ذلك كله، أما الرد والعين فلأنه أمين وليس بضمين(٨)، وأما قدر الأجرة(٩) فلأن المالك يدعي الزيادة ....

---

(١) أو كلها.

(٢) فإن اتفقا على الإباق واختلفا في القدر فكمسألة المطيعة في نفي النشوز الماضي وقدره. (قرير).

(٣) أو شفي من المرض. (قرير).

(*) إلى يد المستأجر إن كانت المدة باقية، أو إلى يد المالك بعدها. (قرير).

(٤) **مسألة**: فإذا اختلفا في آلات الدار المنقولات فالقول قول المكتري. قال الفقيه يوسف: يعني: حيث مدة الإجارة باقية، لا بعدها فالقول قول المالك. ولعله يستقيم إذا كان بعد خروج المكتري منها[١]. (بيان بلفظه).

(٥) والتلف.

(٦) هلا قيل: أجرة المثل أصل، والبينة على مدعي الأبعد عنه زيادة ونقصاناً؟ يقال: قد ينقص من أجرة المثل للحاجة؛ فلم تكن أجرة المثل أصلاً. (سماع) (قرير).

(*) لا جنسها وصفتها فلمدعي المعتاد في البلد. (قرير). وكذا النوع. (قرير).

(٧) إلا حيث تكون عادة غالبة فإنه يكون القول قول من وافق العادة. (قرير).

(٨) إلا أن يشترط عليه الحفظ أو الضمان كانت البينة عليه. (بيان). أو قد جرى منه ما يقتضي الضمان، فحيث يكون مضمناً يبين بالرد والعين، وحيث جرى منه ما يصير به غاصباً يبين بالرد، ويقبل قوله في العين. (حاشية سحولي) (قرير).

(٩) حيث لا أجرة غالبة. (فتح[٢]) (قرير).

---

[١] ولعل ذلك بعد مضي وقت بعد الخروج يمكن إدخال الآلة -يعني: من المالك- إليها. (تهامي) (قرير).

[٢] لفظ الفتح وشرحه: إلا حيث هي -أي: الأجرة- عادة غالبة في أنه لا يسلم تلك العين إلا بأجرة أو بقدر منها فإنه يكون القول قول من وافق العادة.

(قيل[١]**:)** وإنما يقبل قول المستأجر في قدر الأجرة[٢] **(فيما تسلمه**[٣] **أو)** تسلم **(منافعه**[٤]**)** فأما قبل ذلك فالقول قول المالك[٥]، ذكر هذا الفقيه حسن في التذكرة، ثم رجع عنه[٦] **(وإلا)** يكن المستأجر قد تسلم العين المؤجرة ولا استوفى منافعها **(فللمالك)** أي: فالقول قول المالك[٧].

(و)لو قال المستأجر[٨]: عملت مجاناً، وقال الأجير[٩]: بل بأجرة- فإنه

---

(١) هو الفقيه حسن.

(٢) فقط، لا في الرد والعين.

(٣) يعني: قبض العين.

(٤) وهو يقال: ما فائدة قوله: «أو منافعه» وليس يتسلم منافعه إلا وقد تسلمه؟ فأجاب عليه السلام حال السؤال: بأن ذلك حيث يمكن من الدار ونحوها ولم يستعمل، فهو يوصف بأنه متسلم للمنافع لا للرقبة؛ إذ لا يستحق تسليم الرقبة إلا لأجل المنافع، وفيه نوع تكلف. (نجري).

(*) لفظ حاشية السحولي: قال الفقيه حسن: (فيما تسلمه) من الأعيان المؤجرة، يعني: وكان باقياً في يد المستأجر ولو لم يكن قد استوفى المنافع (أو) تسلم (منافعه) يعني: استوفاها ورده إلى المالك. (حاشية سحولي لفظاً).

(*) كالدار.

(٥) كالبائع، وفيه نظر. والذي في الشرح واللمع أن القول قول المستأجر مطلقاً؛ لأنه يجب تسليم العين قبل قبض الأجرة، بخلاف المبيع فهو لا يجب تسليمه إلا بعد قبض الثمن. قال الفقيه يوسف: إلا أن يشرط تعجيل الأجرة[1] كان القول قول المؤجر كما في البيع. (كواكب). وظاهر إطلاق الغيث والأزهار لا فرق، يعني: سواء شرط تعجيل الأجرة أم لا.

(٦) يعني: إلى أن القول قول المستأجر من غير فرق بين أن يكون قد تسلم العين المؤجرة أم لا، وأمر الفقيه حسن بتصليح ما أطلقه في التذكرة.

(*)أي: عن الحكم.

(٧) انتهى كلام القيل.

(٨) صوابه: الآمر.

(٩) صوابه: المأمور.

---

[١] لأن له حبس العين حتى يسلم الأجرة.

يرجع إلى عادة العامل، ويكون القول **(لمدعي المعتاد**[١] **من العمل**[٢] **بها**[٣] **ومجاناً**[٤]**)** فإن كان عادته التبرع فالقول قول المالك، وإن كان عادته الأجرة[٥] فالقول قوله **(وإلا**[٦]**)** تكن له عادة، أو كان قد يعتاد هذا وهذا واستوى الحال[٧] **(فللمجان**[٨]**)** أي: فالقول قول مدعي المجان عند الهدوية وأحد قولي المؤيد بالله[٩]. وقال المؤيد بالله: بل تجب الأجرة؛ لأن المنافع كالأعيان[١٠].

---

(١) أو الأغلب. (حاشية سحولي).

(٢) أو الاستعمال. (حاشية سحولي لفظاً) (قرير).

(*) وسواء كان[١] للأجرة أو للتضمين. (بحر) (قرير).

(*) والعكس كأن يقول: «عملت بأجرة[٢]»، وقال: «بل مجاناً» فالقول قول الأجير، هذا إذا اتفقا على الأمر، وإلا فلا إشكال أن القول قول من نفى الأمر.

(٣) يعني: بأجرة. (حاشية سحولي).

(٤) يعني: بغير أجرة. (حاشية سحولي).

(٥) أو هو الغالب. (قرير). [ولو إلى ذلك الشخص].

(٦) وهذا بعد تمام العمل في الأعمال، واستيفاء المنافع في الأعيان. (عامر) (قرير).

(٧) أو التبس الغالب. (تذكرة).

(٨) ولا ضمان على الأجير حيث ادعى أنه عمل بأجرة وأنكره المالك؛ لأنه راد للضمان. (قرير).

(٩) بناء على أن المنافع ليست كالأعيان. (غيث). وهو المذهب.

(١٠) وقد يقال: كل واحد من السيدين مخالف لأصله في هذه المسألة؛ لأن من أصل أبي طالب أن المنفعة مال، والمؤيد بالله العكس من ذلك.اهـ وقيل: إن لهما قولين في المسألة، فكل منهما قال على أحد قوليه، وقد تقدم في الشفعة لأبي طالب.

---

[١] أي: الاختلاف [التداعي. (نخ)].

[٢] وفائدته التضمين.

(**فصل**): **في بيان من يضمن ومن لا يضمن، ومن يبرأ إذا أبرئ ومن لا يبرأ**

(و)الذي **(لا يضمن المستأجر**(١) **والمستعير**(٢) **والمستام**(٣)**)** فهؤلاء الثلاثة لا يضمنون **(مطلقاً)** لا الغالب ولا غيره.

(و)أما **(المشترك)** فلا يضمن الأمر **(الغالب)** إلا أن يضمن، فأما غير الغالب فهو مضمون عليه(٤)، وإنما يسقط عنهم الضمان **(إن لم يضمَّنُوا**(٥)**)** فإن

---

(١) وهذه القسمة قسمة الشيخ محيي الدين محمد بن أحمد النجراني، وهو الفصل جميعه، ومن حقه أن يكتب بماء الذهب، [ونقله الإمام عنه].

(*) ولو فاسدة. (قرير).

(٢) فإن شرط على المستأجر والمستعير والمستأم الحفظ فهما فيه كالأجير المشترك[١]. (بيان) والمذهب لا ضمان.

(٣) وهو المتروي للسلعة. وقيل: الدلال. ومثله المشتري بخيار لهما أو للبائع. (قرير).

(*) المستام: هو من يأخذ الشيء يريد شراءه فيحمله إلى ذي بصيرة ينظره.

(٤) إلا لشرط أو عرف. (قرير).

(٥) ويكفي في التضمين شرط الحفظ. (بيان) (قرير).

(*) هذه الأبيات لمولانا أمير المؤمنين الإمام المهدي أحمد بن يحيى عليه السلام:

ألا إن حفظ العلم بالنظم أيسرا	فهاك نظاماً في الضمان ميسرا
فأربعة لا يضمنون شريعة	وإن ضمنوا صح الضمان بلا مرا
فمستأجر والمستعير وسائم	ومشترك في غالب الأمر صورا
وخمسة منهم يضمنون شريعة	وإن لم يكن تضمينهم متكررا
طبيب تعاطى والرهين وغاصب	ومشترك شيء لديه مؤجرا
وبائع شيء قبل تسليم عينه	عليه ضمان الشرع يا صاح قد جرى
وسبعة منهم ليس في الشرع يضمنوا	وإن ضمنوا فافهم هديت لما ترى
مضاربهم ثم الوكيل ومودع	ومستأجر في آلة ما تغيرا
وملتقط ثم الوصي وخاصهم	فلا تقض فيهم بالضمان تجبرا
وهاك من الإبراء مسائله التي	تناثر منها لفظها وتعسرا

---

[١] بعد التضمين. (هامش بيان) (قرير).

=

ضُمِّنُوا ضَمِنُوا(١). **(ويضمن المشترك غير الغالب، والمتعاطي**(٢)**، والبائع قبل التسليم**(٣)**، والمرتهن**(٤)**، والغاصب)** فهؤلاء يضمنون(٥) **(وإن لم**

فيبرأ منهم بالبراء ثلاثة	قضى الشرع فيهم بالضمانة والبرا
فمشترك يل غاصب ثم بعده	طبيب لبيب بالعقاقير مبصرا
وأربعة لا يبرأوا[١] ببرائة	ولا يعذروا فيما لديهم تغيرا
طبيب تعاطى والرهين مصحح	ومبرى[٢] عيوب جملة ما له برا
وبائع شيء قبل تسليم عينه	فذلك لا يبرى غنياً ومعسرا
وخذ من بيوع في الخيارات فهو قوله	ففي رؤية قول الذي رد أظهرا
وفي العيب من يرضى به فهو قوله	وفي الشرط قول السابق القول أجدرا

(منقولة من خط القاضي عماد الدين يحيى بن أحمد مظفر رحمه الله).

(١) الغالب وغيره. (نجري، وحاشية سحولي).

(*) ظاهره الغالب وغيره، وقد صرح به النجري، وصدره في البيان، وبنى عليه في شرح البحر؛ لأنه في مقابلة المنفعة. قال فيه: وإن شرط عليهم الحفظ ضمنوا ضمان المشترك. وقال الدواري: لا يضمن الغالب إلا مع التصريح به، وقد مر ذلك. قلت: والأول أرجح. (حابس).

(*) الغالب[٣] وغيره. (نجري، وشرح بحر). وفي الأثمار: أن المستأجر والمستعير يضمنان بالتضمين غير الغالب، فإن ضمنا الغالب ضمنا. ومثله ذكر الفقيه يوسف في المستام.

(٢) السراية، وأما المباشرة فهي مضمونة على البصير فضلاً عنه. (قرير).

(*) أما لو فعل المعتاد مأموراً به ولم تحصل جناية فلا ضمان، وبغير أمر يضمن ولو لم يفعل إلا المعتاد. (قرير) وقد تقدم نظيره.

(٣) ضمان مجاز، وإلا فهو يتلف من ماله، ويرد الثمن للمشتري إن قد قبضه.

(٤) صحيحاً. (قرير).

(٥) غالباً وغيره.اهـ في غير المشترك. (قرير).

---

[١] يبرون. (نخ).

[٢] ومتبري. (نخ).

[٣] وإن جهلا. (بحر). وقيل: لا بد من علمهما في غير المستعير. (قرير).

يضمَّنوا. وعكسهم الخاص(١)**، ومستأجر الآلة**(٢) **ضمن أثر الاستعمال**(٣)**، والمضارب**(٤)**، والوديع**(٥)**، والوصي**(٦)**، والوكيل**(٧)**، والملتقط** (٨)**)** فهؤلاء لا يضمنون وإن ضمنوا(٩) إلا ما جنوا عليه أو فرطوا.

(وإذا أبرئ البصير (١٠) ....

---

(١) صحيحة أو فاسدة. (قرير).

(٢) صوابه: العين. (قرير).

(*) وكذا مستعير الآلة لا يضمن. (بيان). وقيل: يضمن. (غيث).

(٣) المعتاد في المعتاد، من كسر وشق. (حاشية سحولي لفظاً) (قرير).

(٤) ولا يقال في المضارب: إن ضمانه في مقابلة عوض وهو الربح؛ لأنه لا يعلم حصوله، ذكر ذلك في الشرح. (كواكب). [لأنه قد يخسر].

(*) صحيحة، لا فاسدة فهو يصير أجيراً مشتركاً. (قرير).

(٥) بغير أجرة. (قرير).

(٦) بغير أجرة. (قرير).

(٧) بغير أجرة. (قرير).

(*) إلا أن يكون أحد هؤلاء بأجرة، وهذا هو الحيلة في الضمان. اهـ [فيضمن ضمان الأجير المشترك، فإن ضمن مع ذلك ضمن الغالب، كالمشترك إذا ضمن. (حاشية سحولي) (قرير)].

(٨) ينظر مَن ضمَّن الملتقط؟ قيل: بأن يقال: من التقط ضالتي فهو ضامن، أو فقد ضمنته. وقيل: لا تصح إلا بعد معرفة الملتقط.

(٩) لأنه ليس في مقابلة عوض. (بيان بلفظه).

(١٠) **فـرع**: وإذا تبرأ البصير قبل العمل وبعد الإجارة من الخطأ برئ، كالإبراء من الشفعة بعد البيع، ولا يبرأ المتعاطي بالإبراء قبل العمل. قلت: إذ العقد غير صحيح؛ فكان كالإبراء من الشفعة قبل البيع. (بحر بلفظه).

(*) فإن قيل: لم يصح البراء قبل لزوم الحق؟ فالجواب: أنه قد وجد السبب، وهو العقد، ذكره أبو طالب. اهـ ومن هنا يؤخذ لأبي طالب أنه يصح من المرأة أن تبرئ زوجها من مهرها إذا كان غير مسمى قبل الدخول. فإن قيل: لم يصح البراء هنا من حق الصبي، وهلا كان كالصبية، فإنه لا يصح من الأب أن يبرئ من مهرها؟ فالجواب أنه لم يوجد من يدخل في هذا الشأن غيره إلا بشرط البراء، بخلاف الصبية فإنه ليس هناك ملجيء إلى البراء من مهرها. (شرح مذاكرة).

من الخطأ(١)**، والغاصب**(٢) **والمشترك مطلقاً**(٣) **برئوا)** قوله: «مطلقاً» أي: سواء كان من خطأ(٤) أم عمد(٥) **(لا المتعاطي**(٦) **والبائع قبل التسليم، والمتبرئ من العيوب جملة، والمرتهن صحيحاً**(٧)**)** فهؤلاء لا يبرأون وإن أبرئوا.

---

(١) وكذا العمد [١] إذا كان يستباح بالإباحة. (تذكرة علي ابن زيد). ولفظ الكواكب قوله: والطبيب البصير، يعني: من جناية خطأ إن اتفقت، وكذا من جناية العمد فيما يستباح، لا في الحيوانات. (باللفظ) (قرير).

(*) بعد الإجارة قبل الجناية.

(٢) وهذا إذا أبرئ الغاصب من الضمان، وأما من العين فتصير أمانة كما يأتي. (قرير). [وإذا أبرئ مرة ثانية صارت إباحة، إلا أن يريد بالتكرار التأكيد. (قرير)].

(٣) إذا كان مما يستباح، وإلا فلا يصح إلا بعد الفعل. (قرير).

(٤) وهذا مخالف للقياس؛ لأنه وقع البراء قبل الجناية؛ لأنه كالمشروط بأنه إذا جني فهو بريء. وفي الزهور: لأن البراء كالإباحة فيما يستباح.

(*) قيل: ظاهر كلام الأزهار يوهم أن الغاصب والمشترك يبرئان مطلقاً، سواء كان بعد الفعل أم لا، وسواء كان مما يستباح بالإباحة أم لا، وليس كذلك، بل إن كان بعد الفعل برئا مطلقاً، وإن كان قبله برئا مما يستباح بالإباحة فقط، لا من غيره، ذكره في بعض حواشي الزهور. (قرير). ومثله في حاشية السحولي.

(٥) راجع إلى عمد المشترك والغاصب فقط. (قرير).

(*) ووجهه: أن إبراءه كالإباحة له. (غيث لفظاً).

(٦) إلا أن يكون بعد الجناية. (قرير).

(٧) لا فاسداً فلا يضمن؛ لأنه يكون معه أمانة.

(*) يعني: إذا أبرئ من الضمان، لا من العين فتصير أمانة. وقيل: سواء أبرئ من الضمان أو من العين؛ لأنه خلاف موجبه. ....=

---

[١] بعد الجناية أو قبلها. (قرير).

=

= وجد ما لفظه: **مسألة**: ما قولكم رضي الله عنكم في قراءة القرآن للميت هل يكون ثواب القراءة للميت؟ أو يكون للقارئ ثم تنتقل إليه؟ وهل القراءة له أفضل أو الصدقة عنه أفضل؟ وهل في ذلك خلاف بين العلماء، فإذا كان خلاف فما المعتمد؟ وهل تصح الإجارة على القبر أم لا؟ الجواب: إذا كانت القراءة على القبر نزلت الرحمة، وإذا دعى القارئ عند القبر أو في البعد عنه فإنه يكون له مثل ثواب قراءته للميت، وأما ثواب القراءة فهي للقارئ، وأنعم الله على الميت بمثل ثواب القارئ، وإذا وجد محتاجاً إلى الصدقة كان التصدق عليه أفضل، وتصح الإجارة على القبر، وعلى من يقرأ ويهدي ثواب ذلك للميت، هذا هو المعتمد.

(باب المزارعة(١))

اعلم أن المزارعة والمغارسة والمساقاة نوع من الإجارة(٢).

---

(١) قال في النهاية في مدح الزرع: وفي الحديث: ((الزرع أمانة[١]، والتاجر فاجر)) جعل الزرع أمانة لسلامته من الآفات التي تقع في التجارة من التزيد في القول والحلف وغير ذلك. وفيها أيضاً: وفي الحديث: ((إن التجار يبعثون يوم القيامة فجاراً إلا من اتقى الله وبر وصدق)) سماهم فجاراً لما يقع في البيع والشراء من الأيمان الكاذبة، والغبن، والتدليس، والربا الذي لا يتحاشاه أكثرهم. وجمع التاجر تُـجَّار بالضم والتشديد، وتجار بالكسر والتخفيف. (من خط مصنف البستان).

(*) **مسألة**: وإذا امتنع الزارع من الزراعة [في الصحيحة] لغير عذر أجبر على زراعة ما استؤجر عليه إن أمكن إجباره، ولزمته أجرة ما اكتراه بالتمكن من زراعته، وإن كان لعذر لم يجبر، وكان لصاحب الأرض الفسخ فيما أكراه منه، ولا شيء للأجير على ما فعل من مقدمات الزراعة إلا إذا كان المانع له هو المستأجر لغير عذر، فإنه يسلم حصة ما عمل من الأجرة. **فـرع**: فإن كانت المزارعة فاسدة لم يجبر من امتنع منهما، وتجب أجرة ما عمل الأجير من المقدمات مطلقا[٢]، وعليه أجرة ما انتفع به فيما اكتراه. (بيان).

(*) **فائدة**: قال صلى الله عليه وآله وسلم: ((إذا ألقى الزراع البذر في يده وكان من حله نادى ملك: ثلث للزراع، وثلث للطير، وثلث للبهائم، فإن طرحه في الأرض كتب الله له بكل حبة عشر حسنات، فإذا سقى ونبت فكأنما أحيا منه بكل حبة نفسا، فهو بيد يسبح الله إلى أن يحصد، فإذا حصده وداسه فكأنما داس ذنوبه، فإذا هبت الريح ذهبت ذنوبه مع ذروته. فإذا كاله فأخرج زكاته خرج من ذنوبه كيوم ولدته أمه، فإذا راح به إلى البيت وفرح به العيال كتب الله له عبادة سبعين سنة، فإذا واسى منه الجائع والجار والمسكين أمنه الله تعالى من عذابه)). (من كتاب البركات).

(٢) في المطبوع: الإجارات.

---

[١] أي: الزارع مؤتمن.

[٢] سواء امتنع هو أو المستأجر، لعذر أو لغير عذر.

(**فصل**): [**في بيان المزارعة الصحيحة والفاسدة وأحكامهما**]

(صحيحها(١) **أن يكري بعض الأرض**(٢) **ويستأجر المكتري بذلك الكراء**(٣) **أو غيره على عمل الباقي)**(٤) ويكون الإكراء والاستئجار **(مرتباً)** فيقدم(٥) تأجير(٦) بعض الأرض(٧) على الاستئجار على عمل الباقي، وإلا لم

---

(١) **مسألة**: المباذرة الفاسدة حيث يعطي غيره بذراً ليبذر به في أرضه على أن يكون الزرع بينهما، فإن تراضيا بذلك جاز، وإن تشاجرا فالزرع لصاحب البذر، وعليه أجرة الزراع وأجرة الأرض. (بيان) (قرير).

(*) والمباذرة الصحيحة: حيث يعطي غيره حباً معلوماً، ويكتري منه نصف أرضه مدة معلومة بربع ذلك الحب، ثم يستأجره على زراعة هذا النصف الذي اكتراه منه بربع الحب، فيصير الحب بينهما نصفين، ثم يزرع به كله في الأرض كلها، فيكون الزرع بينهما نصفين. (قرير).

فرع: فإن كان الذي يزرع الأرض هو صاحب الحب فإنه يكتري نصف الأرض بالحب كله، ثم يستأجره صاحب الأرض على زراعة النصف الثاني له بنصف الحب[١]، ثم يزرع الأرض كلها بالحب كله، فيكون الزرع بينهما نصفين. (بيان، ورياض).

(*) ولا بد أن يكون الكراء في الذمة، أو مما لا يتعين[٢]، وإلا لم يصح؛ لأن التصرف قبل قبضه لا يصح. (كواكب).

(٢) مشاعاً.

(*) مدة معلومة، بأجرة معلومة. (بيان).

(٣) أو دونه على قولنا: إن الأجرة تملك بالعقد. (قرير).

(٤) ويكون البذر فيها منهما. (بيان).

(*) مدة معلومة مثل الأولى أو دونها، لا أكثر؛ إذ لا يمكنه تسليم العمل في الزائد كما يأتي. (قرير).

(٥) أي: المالك.

(٦) أي: إكراء.

(٧) مشاعاً.

---

[١] ويجب قبض الحب؛ لأنه مبيع مع التعيين، وأما في غيره فهو ثمن يصح التصرف فيه قبل قبضه. (هامش بيان) (قرير).

[٢] أو كان مما يتعين وكان بعد قبضه. (قرير).

تصح؛ لأنه إذا بدأ[١] بإجارة بعض الأرض كان المستأجر[٢] كالمالك، إما أن يزرعا معاً[٣] أو يتقاسما[٤]. فأما لو عكس لم تصح[٥]؛ لأنه لا يمكنه تسليم العمل[٦] عقيب عقد الإجارة[٧]. وإنما لم يمكنه لأنه لا يمكن زراعة النصف إلا بأن يُستأجر[٨] على عمل النصف الآخر، وهو لا يجب عليه أن يستأجر على ذلك. أو بأن يَسْتَأْجِر[٩] هو النصف الآخر، وذلك لا يجب عليه أيضاً، أو بأن يعينوا له النصف الذي استؤجر على زراعته. قال الفقيه يحيى البحيبح: وعند أن يعينوا يكون هذا عملاً آخر غير الذي استؤجر عليه؛ لأنه استؤجر على زراعة نصف الأرض مشاعاً، وهذا غير مشاع، بخلاف ما إذا استأجر المشاع فقد ملك[١٠].

وقال أبو جعفر: لا يجب الترتيب، بل بأيهما[١١] بدأ صح. والصحيح أنه لا بد من الترتيب **(أو نحوه)**[١٢] وهو صورتان ذكرهما في الانتصار: إحداهما: أن يكري

---

(١) هذا تفسير لنفس الكتاب؛ فلا يتوهم أنه مفهومه.

(٢) أي: المكتري.

(٣) والبذر منهما. (بيان بلفظه) (قرير).

(٤) وجوباً؛ لأنه قد ملك المنفعة. (قرير).

(٥) والكلام مبني على أنه عقد عقدين، فأما لو كان عقداً واحداً صحت. (مفتي). لزوال العلة المانعة، وهي عدم التمكن من تسليم العمل عقيب العقد. (شامي).

(٦) لشياعه، فيكون عقداً على ما لا يستطيعه الأجير فيفسد، إلا مع الترتيب فيمكنه التسليم عقيب العقد حينئذٍ؛ إذ تصير إليه جميعاً. (بحر).

(٧) لأنه لا يستحق الأجرة إلا بتسليم العمل.

(٨) وإذاً لا مزارعة.

(٩) أي: يكتريه.

(١٠) وهي مسألة الكتاب. (سماع).

(١١) ومثله للإمام المهدي، وصرح به الدواري والفقيه حسن، وقواه المفتي والشامي والإمام شرف الدين؛ لزوال العلة، وهي عدم لزوم التمكن عقيب العقد. (إملاء شامي).

(١٢) نحو الترتيب.

نصف أرضه بعمل النصف الثاني، ويبين العمل(١).

قال الفقيه علي: ولا بد من شرط تعجيل(٢) أجرة الزراع(٣)؛ ليمكنه زراعة الأرض كلها، فإن لم يشرط التعجيل لم يمكنه؛ لأنه لا يستحق(٤) القبض إلا بعد أن يزرع.

الثانية: أن يعير صاحب الأرض(٥) الزراع نصف أرضه ويتبرع الزراع(٦) بأن يعمل النصف الآخر.

ولا بد أن يكون عقد المزارعة **(مستكملاً لشروط الإجارة(٧))** فلا بد أن تكون

---

(١) لفظاً أو عرفاً إذا كان لا يختلف.

(٢) والتعجيل أن يعجلها له في مدة الإجارة. (بستان معنى).

(٣) صوابه: أجرة الأرض، وهو زرع النصف الذي لم يكتره المكتري. وأجيب عن هذا بأن قيل: إن الزراع مؤجر لمنافعه من رب الأرض بالنصف المذكور الذي اكتراه بعمل النصف الباقي، فتكون صورة الكتاب مستقيمة على هذا الحمل، ولا إشكال.

(*) كلام الفقيه علي في غير هذه الصورة[١]، وهو أن يستأجره على زراعة نصفها بمنافع النصف الثاني مدة معلومة، وشرط تعجيل أجرته [التي هي منافع النصف الآخر]، ذكره في اللمع والكواكب. وأما في هذه فلا يشترط تعجيل الأجرة. (زهور[٢]).

(*) صوابه: الأرض.اهـ قلنا: لا يشترط؛ لأنه قد ملك فيستحق المقاسمة.

(٤) يعني: الأجرة.

(٥) قال المؤلف: إن هذه الصورة ليست من هذه الأنواع، ولا تستقيم أن يفسر بها النحو، وإن كانت مستقيمة في بابها. [وإنما هي عارية على بابها أو تبرع]. (وابل).

(٦) قال الوالد: والأقرب أن هذه تستقيم إذا كان قصد كل واحد منهما التبرع فيما فعله لصاحبه، ويكون للزراع أن يترك العمل متى شاء، ولا شيء عليه، وأما إذا كان قصد كل واحد منهما بما يفعله أنه في مقابلة ما فعله له الثاني فليس هذا بتبرع، بل يكون إجارة فاسدة. (بستان).

(٧) لفظاً أو عرفاً لا يختلف. (بيان) (قرر).

---

[١] لم يتضح الفرق بين هذه وبين صورة الشرح، ولعل صورة الشرح مرتبة، بخلاف هذه الصورة التي في الحاشية. (شوكاني).

[٢] كلام الفقيه علي مستقيم في الصورتين، وهو الذي رواه في البيان، ومعناه عن مرغم.

[*] والمختار ما في الشرح أنه يشترط التعجيل، فإن لم يشترط لم يصح. (سلامي).

المدة والأجرة والمنفعة معلومات(١) كما تقدم **(وإلا)** يستكمل هذه الشروط **(فسدت)** المزارعة **(كالمخابرة(٢))** فإنها فاسدة(٣) عندنا وأبي حنيفة والشافعي، وهي أن يدفع رجل أرضه إلى رجل ليزرعها، ويشرط للزارع نصف الزرع الخارج منها أو ما يتفقان عليه.

---

(١) لعله أراد بالمنفعة تبيين ما يزرع فيها مع اختلاف المضرة. (قررو).

(٢) **فرع:** فلو فعلوا المخابرة جاهلين لحكمها، معتقدين لصحتها - كانت صحيحة في حقهم[١]؛ لاعتقادهم الصحة في مسائل الخلاف، فإذا تشاجروا تحاكموا[٢]، ذكر ذلك الفقيه يوسف. (بيان).

(٣) ووجهه قوله ÷: ((من لم يدع المخابرة فليأذن بحرب من الله ورسوله)). (بحر)[٣]. وروي أن رسول الله ÷ فعلها في خيبر[٤]، فيكون الحديث الأول منسوخاً. قلت: وهذا كما ترى مشكل؛ لأنه يدل على تحريم الدخول فيها، ومن أحكام العقود الفاسدة جواز الدخول فيها، ولما في شرح النكت، فقد قال: خبر وروى زيد بن علي % في مجموع الفقه عن علي % أن النبي ÷ نهى عن قبال الأرض بالثلث والربع. وقال ÷: ((إذا كان لأحدكم أرض فليزرعها أو يمنحها أخاه)) فتعطلت كثير من الأراضي، فسألوا رسول الله ÷ أن يرخص لهم في ذلك، فرخص لهم في ذلك، فهذا نص صريح بالترخيص فيها مع أنها فاسدة؛ لما مس من الحاجة إليها. (منقول من حاشية عن الكتاب المذكور). وفي الحكم بالفساد بعد الترخيص إشكال؛ لأن الترخيص إذن، والفساد للنهي، ولا يجتمع الإذن والنهي؛ لاختلاف موجبهما، وهما الصحة والفساد، وقد تحقق تأخر الإذن، فالحق صحتها لذلك، وقياساً على المضاربة بجامع أن كل واحد منهما عقد على مال معلوم من أحدهما يعمل فيه الآخر ليحصل منه فائدة مجهولة عند العقد، وأما كونه في أحدهما منقولاً وفي الآخر غير منقول فلا يصلح فارقاً. (من خط السيد حسن الجلال). وقال المتوكل على الله: إذا كانت المدة معلومة صحت.

---

[١] في الجاهل الصرف[٠]. (قررو).

[٠] لأن مذهب العوام مذهب شيعتهم، كما تقدم للفقيه يوسف في النكاح.

[٢] في المستقبل، لا فيما قد مضى. (قررو). [فقد نفذ ولو هو باق، كما في المغارسة في البيان في قوله: **مسألة:** وإذا تراضيا بقسمة الثمرة إلخ].

[٣] لعل جوابه من لم يدعها معتقداً لصحتها. (هاجري).

[٤] فإنه أقرها في أيديهم على النصف. وقيل: خابرهم، أي: عاملهم في خيبر.

وقال الصادق والباقر والناصر، وروي عن زيد بن علي والمؤيد بالله ومالك(١): إنها جائزة(٢).

قال الفقيه محمد بن سليمان: وقد روى ابن معرف أن الهادي عليه السلام قد نص على صحتها(٣).

ولا خلاف أنه إذا شرط ما يخرج من جانب معلوم من الأرض لأحدهما أنها لا تصح. **(والزرع في)** المزارعة **(الفاسدة(٤) لرب البذر(٥)، وعليه أجرة الأرض)** حيث البذر من الزارع **(أو)** أجرة **(العمل)** للزارع حيث البذر من

---

(١) واحتج زيد بن علي ومن قال بقوله أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم عامل أهل خيبر على النصف مما يخرج من الأرض. وقال أصحابنا: لا يلزم من وجوه: أحدها: أنه منسوخ بدلالة خبر رافع بن خديج[١]. وثانيها: أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم بقى أهل خيبر على أصل الفيء، فيكونون عبيداً للمسلمين، وأكثرهم كانوا كذلك، فاستعملهم وجعل نصف ما يخرج نفقة لهم، ولم يكن ذلك على وجه المزارعة. والثالث: أنه أقر الأرض في أيديهم، والنصف الخارج منها جزية، والجزية يجوز فيها من الجهالة ما لا يجوز في الإجارات والبياعات. واحتج أصحابنا بقول النبي صلى الله عليه وآله وسلم: ((من لم يدع المخابرة فليأذن بحرب من الله ورسوله))، ولأنه صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن المزارعة بالثلث والربع، ذكر جميع ذلك في الشرح. (زهرة).

(٢) يعني: صحيحة. [وأما الجواز فجائزة اتفاقاً].

(٣) أخذه من قوله: شرطت لي النصف. في فصل المساقاة الصحيحة.

(٤) وكذا في الصحيحة. (سماع سحولي) (قرر).

(*) ينظر في المزارعة الفاسدة لو مضى عليها مدة ولم يزرع فيها مع تمكنه منه، هل يضمن الأجرة أم لا؟ الظاهر أنه لا ضمان على المذهب؛ لأن الأجرة في الفاسدة لا تلزم إلا باستيفاء المنافع، لا بمجرد التمكن. (من خط حثيث) (قرر). ينظر، فلعله قبل القبض، لا حيث قد قبض الأرض فإنها تلزمه الأجرة كما تقدم في الحاشية[٢]. (قرر).

(٥) لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((الزرع لمن زرعه)). (بحر).

(*) لكل بقدر بذره[٣].

---

[١] أنه صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن المخابرة.

[٢] المعلقة على قوله: باستيفاء المنافع في الأعيان إلخ.

[٣] لفظ حاشية السحولي: وفي الصحيحة لكل بقدر بذره.

رب الأرض، وإن كان البذر منهما كان الزرع بينهما[(١)]، وللزارع على صاحب الأرض نصف أجرة العمل، ولصاحب الأرض عليه نصف كراء الأرض[(٢)]. أما أجرة الزارع فتقدر بالدراهم لأجل العادة، وأما كراء الأرض فإن جرت العادة بالدراهم فظاهر، وإن لم تجر بذلك عادة فقال المنصور بالله: إذا كانت عادتهم يؤجرونها بنصف الزرع قدر الوسط[(٣)] من زرعها[(٤)] وتجب نصف قيمته[(٥)]. وقرره الفقيه يحيى البحيبح للمذهب. قال الفقيه يوسف: ويكون

---

(١) وهذه هي المخابرة.

(٢) وإن استويا تساقطا. (قرير).

(٣) الأولى أنه يرجع إلى قيمة الحاصل من الأرض يوم الحصاد، ولا عبرة بالوسط. (مفتي). إلا أن تكون الأرض مغصوبة اعتبر الوسط، وهذا حيث لم يزرع الغاصب أو أصابته آفة فإنه يرجع إلى قيمة الوسط مما تزرع تلك الأرض، فإن زرع لم يجب إلا قيمة الحاصل. والمختار في مسألة الغاصب أنه إن زرع فالأجرة من الحاصل قل أو كثر، لا من قيمته، وإن لم يزرع فبأوسط ما زرع، وتجب حباً لا قيمته. (سيدنا حسن) (قرير).

(*) هلا قيل: يعتبر بزرعها الواقع من دون نظر إلى الوسط، لعله مع جري العادة.

(٤) والأقرب أن العادة إذا كانت جارية أن الأجرة من الزرع وجب نصف الزرع أو أقل أو أكثر على ما جرت به العادة، لا قيمة الزرع؛ إذ المثلي يصح أن يكون قيمة للمنافع كما يصح ثمناً. (قرير). [والعرف أن الأجرة من الخارج من قليل أو كثير وقت حصوله. (قرير)].

(٥) مثاله: لو كانت الأرض تزرع في بعض الأحوال عشرة أفراق، وفي بعضها ثمانية، وفي بعضها ستة، فإنه يعتبر بقيمة نصف الثمانية إن كان مثلها يكرى بالنصف، أو قيمة ثلث الثمانية إن كان مثلها يكرى بالثلث، وهذا مع عدم العرف بأن الزرع يتبع البذر، وأما مع العرف فصاحب البذر مبيح أو مقرض لصاحب الأرض، فيكون الزرع لهما، وعليهما العشر. (لمعة).

(*) قوي، والعرف أن الأجرة من الخارج من قليل أو كثير وقت حصوله. (قرير).

(*) وإنما وجبت القيمة لأن منافع الأرض متلفة، والواجب في المتلف القيمي قيمته، والقيمة الموجبة لا تكون إلا من أحد النقدين، لكن لما لم يعرف قدر القيمة اللازمة ابتداء احتيج إلى توسط معرفة الغلة لمعرفتها، لا لوجوبها كما تقدم في نظير ذلك في غير موضع. لكن يقال: ما وجه تسليم قيمة الحب المستوي مع جري العادة بأنه أجرة، وهلا وجب تسليمه؛ لأنه الثابت في الذمة؟ قلنا: اللازم قيمة المنافع، والقيمة إنما هي من النقدين، فإن جرت العادة بأن الحب قيمة المنافع وجب حباً للعرف، وقد ذكر مثل ذلك الفقيه

=

بأوسط الأسعار في السنة.

ولو قيل(١): يقدر لو طلب إجارتها بالدراهم كم كان يحصل فيجب مثل ذلك كان محتملاً(٢). **(ويجوز التراضي بما وقع به العقد(٣))** فلو عامله بنصف الغلة فأعطاه إياها عن الأجرة على وجه المراضاة(٤) جاز ذلك، ويكون بمنزلة المعاطاة(٥)، فأما لو دفع بغير قصد العوض عما يلزمه من الأجرة فقال المؤيد بالله: إنه يقع عن الأجرة لأجل العرف.

وقال أبو مضر: الأولى أن لا يقع عنها إلا بالنية(٦).

قال الفقيه حسن: الأولى قول المؤيد بالله: إنه يملك في الظاهر، وكلام أبي

علي بن زيد. (من خط المفتي) و(قرز).

(*) والأقرب أنه يعتبر بقيمته يوم حصوله؛ لأنه وقت وجوب الأجرة كلها، ووقت أخذها في العادة. ولو طلبت الأجرة قبل حصول الزرع لكانت أقل في العادة مما شرط. (بيان).

(١) هذا القيل لابن مفتاح. ولا قيل له سواه.اهـ ليس لابن مفتاح؛ لأن الإمام المهدي ذكره في الغيث، ولا يروي عن ابن مفتاح، ولعله للفقيه[١] يوسف.

(٢) للصحة.

(٣) ولو في مال صبي أو مسجد أو نحو ذلك لمصلحة. (بيان معنى) (قرز).

(٤) ويكون من باب الصلح[٢] عما في الذمة. (بيان). يعني: فينظر هل معلوم كان صحيحاً حيث أتى بلفظه، وإلا كان فاسداً.

(٥) لكن ليس له ارتجاعه. (تذكرة معنى). سواء كان باقياً أم تالفاً، ذكره المؤيد بالله.

(*) أي: بمنزلة الصلح.

(*) بل كالبيع الفاسد. (قرز).

(٦) فإن لم ينو لم يقع عنها، بل يكون الكراء باقياً عليه، وله الرجوع بما دفع من الزرع، إلا أن يتراضيا بالقصاص. (بيان لفظاً).

(*) وقواه الهبل.

---

[١] قال في البستان: وقال الفقيه يوسف الخ.

[٢] والأقرب أنه لا يصح ذلك؛ إذ من شرط الصلح لفظه، ولأن الواجب من النقد، فيختلف الجنس فيكون بيعاً، وهو لا يصح عند الهدوية. (مصابيح).

مضر في الباطن.

وقال الفقيه يحيى بن أحمد: بل يملك[١] ظاهراً وباطناً؛ لأن العرف كالمنطوق به. **(ويبذر الطعام[٢] الغصب استهلاك[٣])** فلو غصب رجل طعاماً فبذر به في أرضه أو أرض الغير وهي ندية تنبت، أو يابسة ثم سقاها[٤] - كان بذر ذلك الطعام الغصب استهلاكاً له **(فيغرم)** لصاحب البذر[٥] **(مثله)** ولصاحب الأرض كراءها **(ويملك غلته ويعشرها)** أي: يلزمه العشر[٦] ....

---

(١) وقواه المفتي والشامي ومجاهد وعامر وحثيث.

(٢) لا الغرس فإنه لا يملك بالاستهلاك[١]؛ لأنه لم يقع في الغروس شيء منها مما يوجب ملكاً، بل مجرد زيادة، فلم يشبه شيئاً من تلك الأمور، وأما البذر وحضن البيض فلأنه قد ذهب عينه بالكلية، كما مر، وأما الذبح فلأنه مجرد نقص، فكانت الغروس مخالفة للكل. (شرح فتح معنى).

(*) ونحــوه، غير الأشجار.اهـ ولفظ البيان: **فرع**: وإن كانت الغروس مغصوبة من شجر الغير، أو من شجر وقف - فالأشجار وثمارها لمالكها، أو للموقوف عليه[٢]، ولا شي عليه، وعلى الغارس أجرة وقوفها في الأرض[٣]. (بيان لفظاً).

(٣) حساً، ويطيب له قبل المراضاة.

(٤) فإن سقاه الغير أو المطر كان للمالك[٤]، ذكره الفقيه علي، وتكون أجرة الأرض على الباذر؛ لأنه متعد.

(٥) إن عرف، وإلا فللمصالح. (هداية).

(٦) أو نصف العشر.

---

[١] ما لم يفسد. (قرير).

[٢] ويجوز بيعها؛ لأنها لا تستحق البقاء. (قرير).

[٣] لعل المراد حيث لم يأذن له مالك الأرض بذلك.

[٤] إن تم الزرع، فإن يبس قبل تمامه كان قرار الضمان على الساقي، وعلى الباذر إن نبت بالمطر. (بحر من كتاب الغصب). ومثله في الكواكب.

(ويطيب[١]**)** له **(الباقي)**[٢]. وقال المؤيد بالله والناصر والشافعي: إن بذر الطعام الغصب ليس باستهلاك؛ فيكون الزرع لصاحب البذر، وعليه العشر. **(كما لو غصب الأرض والبذر له**[٣]**)** فإنه يملك الزرع، ويعشره، ويطيب له الباقي.

---

(١) هذا قول الهدوية، وظاهره أنه يملكه من أول وهلة مطلقاً، سواء كان قد راضى المالك للبذر أم لا، وأنه يخالف غيره من سائر الاستهلاكات من الذبح وغيره. والفرق أنه في البذر وحضن البيض قد ذهب عينه بالكلية فأشبه الحسي، بخلاف ما ملك بالخلط والطحن والذبح فالعين باقية. وجعل ابن مظفر الكل سواء. (شرح فتح معنى).

(٢) بعد المراضاة.اهـ باللفظ، أو دفع المثل، أو الحكم بالملك. (هداية) (قرر).

(*) لكن يقال: لم لا يتصدق بالزائد كما قالوا في ربح ما اشتري بالنقد المغصوب؟ قلت: لعله يفرق بينهما بأن الزائد من الحب نماء ما قد ملكه بالاستهلاك الحسي، وهو ملك قوي حقيقي يذهب معه الغصب والحظر بالكلية، وأما المشترى بنقد مغصوب فإنما ملكه لعدم تعين الدراهم والدنانير فقط، وذلك أمر ضعيف ضروري اعتباري، فمن حيث إنه قد ملك الأصل حكمنا بأنه قد ملك الربح، ومن حيث ضعف جهة الملك لما ذكرنا حكمنا بأن حكم الحظر لم يذهب بالكلية، وأن ملكه له إنما كان من هذه الجهة المحظورة، هذا ما يخطر بالبال من وجه الفرق وإن كان في النفس ما فيها من ذلك. (مقصد حسن).

(٣) أو غصبهما معاً. (هداية).

(*) فائدة من الروضة: إذا حمل السيل تراب رجل إلى أرض غيره أجبر صاحب التراب على حمل ترابه، ولعله يقال: يلزم الأجرة للأرض عند المؤيد بالله؛ لأنه المالك للتراب، لا عند الهادوية؛ لأنه بغير فعله فلا تلزم الأجرة[١].

فرع: فلو نبت على هذا التراب زرع بغير إنبات كان لمالك التراب إن كان التراب كثيراً بحيث يتم به الزرع وحده، وإن كان قليلاً لا حكم له في الزرع فهو لمالك الأرض، وإن كان لا ينبت إلا بمجموع الأعلى والأسفل فلهما، ذكره المؤيد بالله والمنصور بالله والناصر. (بيان).

---

[١] إلا بعد المطالبة برفعه فلم يفعل. (قرر).

(فصل): [في بيان المغارسة الصحيحة والفاسدة وأحكامهما]

(والمغارسة(١)**)** على ضربين: صحيحة وفاسدة، أما **(الصحيحة)** فلها شروط: أحدها: **(أن يستأجر**(٢)**)** رب الأرض **(من يغرس**(٣) **له أشجاراً يملكها**(٤)**)** بناء على أن من شرط المصنوع أن يكون في ملك المستأجر.

---

(١) عنه ﷺ: ((ما من مسلم يغرس غرساً أو يزرع زرعاً فيأكل منه إنسان أو دابة أو طير أو سبع إلا كانت له صدقة)) وعنه ﷺ: ((من نصب شجرة فصبر على حفظها والقيام عليها حتى تثمر كان له بكل شيء يصاب من ثمرها صدقة عند الله)). (شمس علوم من خط مصنف البستان).اهـ ويستحب الزرع والغرس، وقول: حرثت، لا زرعت[١]، وقول: ما شاء الله عند الدخول إلى ذلك[٢]، وتقييد ما يراد فعله بالمشيئة. (هداية). لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقُولَنَّ لِشَيْءٍ إِنِّي فَاعِلٌ ذَلِكَ غَداً ﴿٢٣﴾﴾ [الكهف].

(*) **مسألة**: وصيغتها: غارستك، أو عاملتك، أو اغرس هذه[٣] على كذا، مع القبول أو ما في حكمه [وهو تقدم السؤال. (قرر)] وكذا الإجارة. (بحر). يعني: وتنعقد المغارسة بلفظ الإجارة.

(٢) بإيجاب وقبول. [أو ما في حكمه، وهو تقدم السؤال].

(٣) ولا بد من تعيين الغروس بالمشاهدة، أو الوصف المميز للطول والجنس، وتعين المدة؛ إذ هي إجارة، وأقلها سنة؛ إذ لا فائدة فيما دونها. (بحر). وظاهر المذهب خلافه أنه لا حد لها. (قرر).

(*) **مسألة**: الإمام يحيى: ولا تصح المغارسة إلا فيما له أصل ثابت من الشجر، كالنخيل والكرم، لا غيرهما كالزرع والكراث والبقل والقثاء والبطيخ وقصب السكر والباذنجان والريحان والمرزنجوش، ولا فيما المقصود منه ورقه كالتوت الأحمر، لا الأبيض؛ إذ القصد ثمره؛ إذ الأصل في المغارسة تقريره ﷺ عمل أهل الحجاز في النخيل، فقيس عليها كل ذي أصل يقصد به الثمر. (بحر بلفظه).

(٤) هذا إذا كانت مقطوعة، أو يأمره بقطعها[٤]، ويكون من ملك له معين[٥]، أو يأمر بشرائها له أو اتهابها قبل استئجاره على غرسها[٦]. (بيان). ولا بد من بيان الموضع الذي تغرس فيه الغرسة لفظاً أو عرفاً. (قرر).

---

[١] لقوله تعالى: ﴿أَمْ نَحْنُ الزَّارِعُونَ ﴿٦٤﴾﴾ [الواقعة].
[٢] لقوله تعالى: ﴿وَلَوْلَا إِذْ دَخَلْتَ جَنَّتَكَ قُلْتَ مَا شَاءَ اللَّهُ﴾ [الكهف٣٩].
[٣] المقرر أنها لا تصح بمستقبل. (قرر).
[٤] ويكون موضع القطع معلوماً.
[٥] أي: موصوف.
[٦] حتى تقع الإجارة وهي في ملكه، ذكره الفقيه يوسف في تعليقه.

=

(ويصلح) الغرس **(ويحفر**[(١)]**)** له قدراً معلوماً **(مدة بأجرة ولو)** كانت الأجرة جزءاً **(من الأرض**[(٢)] **أو الشجر**[(٣)] **أو الثمر الصالح**[(٤)]**)** فقط، ولا بد أن تكون مدة الإصلاح[(٥)] وقدر الحفر طولاً وعرضاً وعمقاً وقدر الأجرة **(معلومات**[(٦)]**، وإلا)** تكن هذه الأشياء معلومة جميعاً **(ففاسدة وإن اختلف**

(*) أي: رب الأرض.

(١) ولا بد أن تكون الأرض معلومة بالمشاهدة. (بحر). وقيل: تصح غائبة [موصوفة، ويخير إذا رآها].

(٢) ظاهره ولو وقفاً.

(*) أفتى الإمام يحيى عليه السلام بجواز المغارسة في أرض المسجد بربعها.

(٣) وإذا جعل الأجرة من الشجر فلا بد من ذكر مدة بقاء الشجرة في الأرض لفظاً أو عرفاً. (لمعة) (قرير). [فإن لم تذكر المدة صح وأمر بالقلع. (قرير)].

(*) مطلقاً.

(*) ظاهره ولو وقفاً.

(٤) للبيع.

(*) هذا إجارة وليس بمغارسة[١]؛ لأن المغارسة أن تكون له بعض الشجر يغرسها وبعض الأرض، فيصيران شريكين فيهما، أو كانت الشركة في الشجر وحدها؛ بأن يجعل له منها الربع أو الثلث أو نحو ذلك.

(*) المراد بالثمر حيث يكون مع المستأجر ثمر حاصل، لا من هذه التي يريد غرسها فهي معدومة في الحال. (قرير).

(٥) للقيام بالغروس. (بيان).

(٦) لفظاً أو عرفاً. [لا يختلف].

(*) قوله: «مدة معلومة» قال عليه السلام[٢]: ولا خلاف في اعتبارها، وأقلها[٣] سنة؛ إذ لا فائدة فيما دونها، وأكثرها قيل: ثلاثون سنة؛ لأنها نصف العمر؛ لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((أعمار أمتي ما بين الستين إلى السبعين)). وقيل: على قدر عمر الشجر[٤]؛ لأنه يختلف، قال عليه السلام: وهذا هو المختار؛ لأن النخيل أكثر عمراً من الكرم، والكرم أكثر من سائر الأشجار. (بستان بلفظه).

---

[١] بل مغارسة على بابها، وهو منطوق الأزهار. (سيدنا عبدالله بن أحمد المجاهد رحمه الله).

[٢] يعني: الإمام يحيى.

[٣] وظاهر المذهب خلافه أنه لا حد لها. (قرير).

[٤] ونحوها.اهـ وقيل: تؤجر كل عين بقدر بقائها، فالعبد إلى ستين سنة، والدابة إلى عشرين، والدار إلى مائة، والأرض إلى مائة وخمسين، كتأجيل الثمن المدة الطويلة. (بحر).

الحكم) في الفساد، فحيث يكون الفساد لكون الغروس غير مملوكة لرب الأرض(١) فالحكم أن الأشجار تكون لمالكها(٢)، وعليه كراء مدة لبثها(٣)، وعند التفاسخ يخير الغارس كما سيأتي(٤)، وأما إذا فسدت لجهالة المدة، أو لجهالة العمل، أو الأجرة، والغروس من رب الأرض- فالحكم أن الغروس لرب الأرض، وعليه أجرة المثل(٥). **(وكذلك ما أشبهها(٦))** أي: إذا استؤجر على بناء حائط أو تجصيص بيت أو نحو ذلك كانت الحجارة والجص من المالك، لا من العامل، وكذلك سائر الأعمال **(إلا ما خصه الإجماع(٧))** نحو

---

(١) يعني: المالك الغارس.

(٢) «غالباً» احترازاً من أن يستأجر رب الأرض الغارس على غرس أشجار يملكها الغارس في أرض المستأجر، وتكون الأرض والشجر بينهما، فهذه الصورة تصح، وتكون بيعاً[١] وإجارة، ذكره المؤلف، وقال: إن ذلك يتضمن البيع، فكأنه باع من الغارس نصف الأرض بنصفِ الغروس وبأجرةِ عمله في غرس هذا النصف. (وابل).

(*) ما لم ينوها لمالك الأرض، أو جرى عرف أنها لصاحب الأرض. (تعليق لمعة). ويستحق صاحبها قيمتها يوم وضعها.اهـ ومعناه في البيان في شركة الأملاك.

(٣) كراء موضع الغروس والفرج المعتادة، لا كراء الأرض جميعاً، إلا إذا كان ينتفع بها مع الغروس. وللغارس أجرة عمله كالحرث ونحوه.اهـ إذا كان فيه نفع يعود على صاحب الأرض[٢].اهـ فأما ما تراضيا عليه من قسمة الثمر فيما مضى فلا رجوع فيه، فيكون مقابلاً للأجرة. (بيان معنى).

(*) لا كراء الأرض؛ لأنه ليس بغاصب.

(٤) في قوله: «ولذي الغرس» إلخ.

(٥) للغارس.

(٦) يعني: ما أشبه المغارسة من الأعمال كالبناء والتجصيص فإنه يشترط أن تكون الحجارة إلخ. (شرح بهران).

(٧) هذا الإجماع فعلي. (كواكب). وقيل: السكوتي. (شرح فتح). وقيل: العرفي.

---

[١] ويكون كالبيع الضمني. (قرير).

[٢] ولفظ حاشية: يعني: إذا عمل في الأرض عملاً لا لأجل الشجر. (تعليق لمعة). وإن كان لهما فله حصة الأرض دون حصة الشجر. (قرير).

الصبغ[١]، والخيط[٢]، والحبر، والعلم[٣] في الثوب، والأشراس[٤]، فإنه وقع الإجماع على صحة الإجارة وإن كانت هذه الأعيان من العامل[٥].

(وما وضع بتعد من غرس أو غيره[٦]) في أرض الغير يملكه هو أو غيره **(ثم تنوسخ)** [٧] ذلك الموضوع؛ بأن أخرجه مالكه عن ملكه بوقف أو غيره **(فأجرته وإعناته[٨] على الواضع[٩])** له **(لا)** على **(المالك في الأصح)** من المذهبين، وقد ذكر[١٠] في ذلك خمس صور:

الأولى: لو غرس شجراً في أرض غيره ثم وقفه لمسجد[١١] أو غيره، فلا

---

(١) للثياب.

(*) فإن الإجماع السكوتي من المسلمين منعقد على المسامحة في ذلك؛ لأنها مما يتسامح بها فغلب حقارتها، ولذلك كانت الأشياء الغالية كالذهب والحرير في الحظي ونحوه من المالك. (شرح فتح).

(٢) على الخياط.

(٣) الحظية. [وغيرها، وهي الحاشية. (تعليق).

(*) والسود على الحداد، والقرض على الدباغ.

(٤) الغراء للكتب من المصلب، والورز وهو المطيط للثياب.

(٥) ولو كانت معدومة أو مجهولة؛ للعرف. (قرير).

(٦) من بذر وبناء ومتاع وميزاب. (حاشية سحولي لفظاً).

(٧) لا فرق، تنوسخ أم لا. (قرير).

(٨) أي: جنايته.

(٩) ولو قد مات، فيكون في تركته، ولو قد اقتسم الورثة[١]. (قرير). لعله حيث لم يبلغ ما تحمله العاقلة، أو لم تكن عاقلة، وإلا كان عليها. (قرير).

(١٠) أبو طالب.

(١١) وقيل: لا يصح الوقف؛ لأن مع الغصب لا يستحق البقاء. (من بيان حثيث من نسخة البيان من الوقف). والمقرر الصحة.

---

[١] ولو قد حكم الحاكم بالقسمة وصحتها. (قرير).

خلاف أن أجرته قبل الوقف على واضعه؛ لأنه المالك والواضع، فأما بعد الوقف فعلى الواضع أيضاً(١) على ما حصله القاضي زيد للهدوية، وعند المؤيد بالله على الموقوف عليه(٢).

والثانية: من وضع متاعه في أرض الغير مدة ثم باع ذلك المتاع، وبقي بعد البيع في تلك الأرض، فإن الكراء قبل أن يخلي بينه وبين المشتري على الواضع اتفاقاً، وأما بعد التخلية فعلى الخلاف(٣) المتقدم.

الثالثة: من وضع ميزاباً على طريق(٤) فباع الدار وأعنت الميزاب(٥)، فقبل البيع اتفاق أنها على الواضع، وبعد البيع على الخلاف(٦). فإن وضعه البنَّاء فعليه(٧) لا على الآمر.

---

(١) إلى أن يتصرف فيه الموقوف عليه أو يرضى مالك الأرض ببقائه، فالأجرة على الموقوف عليه[١]. (بيان). ينظر هل مجرد الرضا يزيل التعدي من الواضع؟ قلنا: لا يكفي الرضا بنقل الحكم بعد التعدي.اهـ قلت: ويصير[٢] الواضع كالمالك. (بحر). ينظر. قال الفقيه يحيى البحيبح: يعني: إذا كان لبيت المال مصلحة بهذا الوقف[٣].

(٢) يعني: من غلة الوقف. (تذكرة).

(٣) وبعد النقل على المشتري اتفاقاً. (قرير).

(*) على الواضع على المختار حتى ينقله المشتري أو غيره بأمره. (قرير).

(٤) مسبلة أو ملك الغير.

(*) أو غيرها. (قرير).

(٥) أي: جنى على الغير.

(٦) على الواضع على المختار حتى ينقله المشتري.اهـ أو غيره بأمره. (قرير).

(٧) والمغرور يغرم الغار في الخمس الصور. (قرير).

---

[١] يعني: من غلته، فإن لم يكن فمن بيت المال، ذكره الفقيه يحيى البحيبح.

[٢] لفظ البحر: **فرع**: الإمام يحيى: فإن رضي رب الأرض بالوضع انتقل الحكم لعدم التعدي. قلت: ويصير الواضع كالمالك.

[٣] فإن لم يكن له مصلحة بقيت حتى يحصل شيء من غلة الوقف على أصل المؤيد بالله.اهـ كما تقدم في الزكاة.

=

الرابعة: إذا بذر إنسان بذراً لغيره بإذن مالك البذر[١] في أرض مغصوبة فالأجرة عند الهدوية على الباذر، وعند المؤيد بالله على المالك.

الخامسة: إذا أمر رجل رجلاً أن يجعل متاعه على دابة مغصوبة، فالأجرة[٢] عند الهدوية على الواضع[٣]، وعند المؤيد بالله على صاحب المتاع.

(وإذا انفسخت الفاسدة[٤] فلذي الغرس الخياران[٥]) وهما: إن شاء فرَّغ

(*) وأما لو التبس الواضع فعلى من يكون الضمان؟ قيل: يكون الضمان على بيت المال حيث الطريق عامة. (إملاء شيخنا). وكذا لو لم تكن عامة ما لم يكن الطريق ملكاً.اهـ فلا ضمان؛ لأنه أتي من قبل نفسه، وعليه الأزهار بقوله: «وما سببه منه فهدر». إلا أن يأذن له مالكه بالدخول، وكان عالماً متمكناً من الإصلاح - فعلى عاقلته، وإلا فلا ضمان. (سيدنا عبدالله بن أحمد المجاهد رحمه الله) (قرر ٥).

(١) أو بغير إذنه على وجه لم يستهلكه الباذر. (قرر).

(٢) وضمان الرقبة. (حاشية سحولي). إن ساق أو تلفت تحت العمل. (قرر).

(٣) إن ساقها المحمل، وإلا فعلى السائق. (قرر). [فإن ساقاها معاً كانا ضامنين للأجرة. (قرر)].

(٤) يعني: تفاسخا.

(*) يعني: ولو بموت المغارس الذي له الأرض، هذا هو ظاهر عبارة الأزهار، وهو الذي في اللمع والتذكرة. وقال الفقيه يحيى البحيبح: إذا كان الانفساخ بموت المالك فلا خيار لذي الغروس؛ لأنه لا تغرير من المالك ولا من ورثته. (حاشية سحولي).

(٥) هذا حيث كان الفاسخ مالك الأرض، فإن كان الفاسخ مالك الغروس لم يستحق أرشاً، كما يأتي في العمرى والرقبى في شرح قوله: «تتبعها أحكامها»، فيكون هذا مطلقاً مقيداً بما سيأتي. (تهامي). ومثله في الصعيتري أيضاً.

(*) ولا يكون له الخيار إلا إذا كانت مدة الإجارة باقية، وإلا فلا خيار له. (قرر).

(*) إلا أن يشرط عليه القلع إذا تفاسخا أو متى انقضت المدة فلا أرش. (بهران).

(*) وإنما جعلنا الخيار للغارس لا لرب الأرض لأنه غرس بإذن صاحب الأرض، فلم يكن غاصباً. (غيث لفظاً).

=

الأرض بقلع الغروس[1] ورجع بنقصانها[2]، وهو ما بين قيمتها قائمة ليس لها حق البقاء وقيمتها مقلوعة[3]، وإن شاء تركها لرب الأرض وطلب قيمتها قائمة ليس لها حق البقاء[4].

(وفي الزرع[5] الثلاثة) الخيارات: هذان الخياران، وخيار ثالث، وهو تبقيته في الأرض بالأجرة إلى الحصاد. وكذلك الأشجار[6] إذا كان عليها ثمار. قال

(*) وإذا باع المالك أرضه فللمشتري أن يأمر الغارس بقلع غرسه، ولا شيء عليه له، لكن هل يرجع الغارس على البائع بالأرش؟ لا يبعد، والله أعلم؛ لأن بيعه للأرض يكون كرجوعه عن الإذن للغارس والباني، ويكون للمشتري الخيار إن جهل، وهكذا في إعارة الأرض أو الجدار للبناء. (كواكب). ينظر في كلام الكواكب، فلعل ظاهر الأزهار ثبوت الخيار على العموم، ولعل صاحب الكواكب بناه على قوله في الورثة: إنهم يأمرون الغارس بالقلع، والمختار خلافه. (من خط سيدنا حسن رحمه الله).

(*) وكذا في البناء. (قررو).

(*) ولا يثبت للغارس الخياران إلا بشروط ثلاثة: الأول: أن تكون مدة الإجارة باقية. الثاني: أن لا يشرط عليه المالك عند عقد الإجارة عدم الخيار. الثالث: أن لا يكون هو المختار للفسخ؛ إذ لا تغرير مع أي هذه. (قررو). فإن حصل أيها فلا أرش.

(١) وإذا نقصت الأرض بقلع الغروس لزمه أرش النقص. (كواكب). وظاهر الأزهار الإطلاق، فلا يجب على المختار. (قررو). وقد تقدم مثله في الشفعة كلام التمهيد.

(٢) هذا عند المؤيد بالله، وعند الهادي عليه السلام لا أرش مع القلع. (بيان معنى).

(٣) فإن لم تكن لها قيمة بعد القلع فلعله يخير بين قلعها ولا شيء له وبين أخذ قيمتها قائمة ليس لها حق البقاء إلا بأجرة. (شرح بحر). وقيل: تقوم الأرض مغروسة وغير مغروسة، فما بينهما فهو قيمة الغرس.اهـ وهو ظاهر الأزهار في قوله: «وما لا يتقوم وحده فمع أصله». (قررو).

(٤) إلا بأجرة. (كواكب).

(٥) وكذا ما كان له حد ينتهي إليه.

(٦) أجرة المثل. (بيان). ينظر لو تراخى عن الغرس مدة من أول الإجارة على وجه لولا

=

الفقيه محمد بن سليمان: والقضب[١] كالشجر المثمر.

التراخي لجاء آخر المدة ولا ثمر فيها، هل يؤمر بالقلع ولا شيء له حيث لم يرض المالك بالبقاء أم لا؟. لعله كذلك. (قرير).

(١) وهو البرسيم.

(*) وكذلك قصب السكر.

(*) يعني: الظاهر منه، لا أصوله فالخياران الأولان.اهـ ومعناه في حاشية السحولي. و(قرير).

(فصل): [في المساقاة وأحكامها]

(والمساقاة الصحيحة[١]**)** هي: **(أن يستأجر)** شخصاً **(لإصلاح الغرس)** وتنقيته وسقيه[٢] أوراداً معلومة، مدة معلومة، بأجرة معلومة، ولو جزءاً من الأرض أو الشجر[٣] أو منهما، مشاعاً أو معيناً، أو جزءاً من الثمر إن قد بدا صلاحه[٤] **(كما مر)** في المغارسة[٥] سواء سواء.

(و)إذا اختلف الزراع وصاحب الأرض، فقال الزراع: شرطت لي النصف[٦]

---

(١) ولفظها: ساقيتك أن تعمل في هذه الغروس مدة معلومة. (قرر). مع القبول أو ما في حكمه، كتقدم السؤال. (قرر).

(*) ولفظها: ساقيتك أو ما في حكمه، كتعهد لي هذه الأشجار بالسقي والإصلاح مدة كذا. (شرح مذاكرة) (قرر).

(٢) ويكون الماء من ملك صاحب الأرض، أو من حق له، أو من مباح إذا كان الأجير لا ينقله. ولفظ حاشية: لا إذا كان من الأجير إلا أن يكون موجوداً في ملكه، فيكون ذلك بيعاً[١] وإجارة، وإن كان من المباح فعلى قول المؤيد بالله يصح [مطلقاً]، وعلى قول أبي طالب يصح إذا كان يسوقه في مجراه [أي: مجرى الماء] لا إن كان ينقله. (بيان).

(٣) فإن قيل: لم لا تصح المساقاة على بعض منافع الشجرة، كما تصح المزارعة على بعض من الأرض؟ فالجواب أن المزارعة يجوز أن يكريَ بعض الأرض المستأجرة ويجعلَ الكراء أجرة؛ لأن إجارة الأرض جائزة، وإجارة الأشجار لا تصح. (زهرة).

(٤) يعني: إدراك الحصاد. (قرر).

(*) للأكل.

(٥) والفاسدة حيث يختل أحد هذه الشروط، أو يجعل الأجرة جزءاً من الثمار قبل صلاحها أو قبل ظهورها، إلا على قول من يجيز المخابرة. (بيان).

(٦) أخذ ابن معرف من هذا صحة المخابرة للهادي عليه السلام.

---

[١] حيث أتى بلفظ البيع؛ لأن البيع لا ينعقد بلفظ الإجارة.اهـ وعن المفتي والسحولي أنه لا يحتاج إلى لفظ البيع، ويكون من البيع الضمني. (قرر).

أي: أجرتنيه[١]، وقال رب الأرض: بل الثلث، أو قال رب الأرض: غرسك وعملك بلا إذن[٢]. وقال: بل بإذن - كانت البينة على الأجير و**(القول لرب الأرض)** فيهما، أي: **(في القدر المؤجر**[٣] **و)**في **(نفي الإذن)** لأن الظاهر[٤] معه. **(و)**أما إذا اختلفا ممن البذر ليأخذ الزرع، والأرضُ والزرعُ في يَدِ أحدهما - كانت البينة على الخارج، والقول **(لذي اليد عليها**[٥] **في)** أن **(البذر**[٦]**)** منه؛ لأن الظاهر[٧] معه.

---

(١) هذا تأويل القاضي زيد للهادي عليه السلام؛ لأن أصل الهادي عليه السلام عدم صحة المخابرة.

(٢) فإن بين العامل بالإذن فله الأجرةُ وقيمةُ الغروس إن كانت منه؛ إذ ليس متبرعاً، وإلا لزمه القلعُ وإصلاحُ ما فسد به من الأرض، وأجرةُ لبثها كالغاصب. (بحر) (قرر).

(٣) المراد حيث ادعى الأجير أكثر مما أقر به المالك، لا لو كان العكس فالقول قول الأجير. وحاصله أن البينة على مدعي الأكثر في القدر المؤجر. (حاشية سحولي لفظاً) (قرر).

(٤) لأن الأصل كونُ منافع أرضه جميعها له وكونُ التصرف بلا إذن. (حاشية سحولي لفظاً).

(*) والبينة على الأجير؛ لأنه يدعي خلاف الأصل.

(٥) فإن كانت اليد لهما فالظاهر أنه لهما، ومن ادعى أنه له فعليه البينة. فإن كانت اليد لغيرهما فالقول قول المالك.اهـ وقيل: إنه إن كانت اليد لثالث كان لمن أقر له، فإن أقر لهما أو لواحد غير معين كان لهما. (قرر). وإن أنكرهما فله، وإن سكت فللمالك. (قرر).

(٦) وكذا الغرس إن أمكن أنه منه. (قرر).

(*) مع الإمكان أنه منه، كأن يمكن أنه وجد بعد أن ثبتت يده، وأما إذا كان مدة الثبوت يسيرة لا يمكن فيها فلمن قبله، ثم بينهما، ويبين من ادعى منهما أنه منه. (شرح فتح بلفظه) (قرر).

(*) ونحوه مما لا يراد به البقاء، لا الأشجار فالقول قول المالك فيها. (تذكرة). وقال المفتي: القول لذي اليد كالبذر.

(٧) مع الإمكان. (شرح أثمار).

(باب[(١)] الإحياء والتحجر)

(فصل): [في بيان من له الإحياء وما يجوز إحياؤه]

(و) يجوز **(للمسلم[(٢)] فقط الاستقلال[(٣)] بإحياء أرض[(٤)])** أي: من دون إذن الإمام، نص عليه الهادي عليه السلام في الأحكام، وهو اختيار المؤيد بالله.

وقال أبو طالب، وذكره في المنتخب[(٥)]: إنه لا يجوز إحياء الموات[(٦)] إلا بإذن

---

(١) والأصل في هذا الباب قوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((من أحيا أرضاً ميتة فهي له)) قال ابن بهران: أخرجه أبو داود والترمذي من رواية سعيد بن زيد، وأخرجه الموطأ من رواية جابر، وأخرجوه جميعاً من رواية عروة. وعن سمرة بن جندب أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: ((من أحاط حائطاً في موات فهو له)) أخرجه أبو داود، وما روي عن عروة قال: أشهد أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قضى أن الأرض أرض الله، والعباد عباد الله، فمن أحيا مواتاً فهو أحق به. (من ضياء ذوي الأبصار).

(٢) ولو غير مكلف. (قرير). ولفظ حاشية: ولو صبياً أو مجنوناً؛ لأن المعتبر فيه[١] قصد الفعل فقط. (قرير).

(٣) أي: الانفراد.

(٤) أو تحجرها. (حاشية سحولي).

(*) ولا خمس فيها.

(٥) قال السيد أحمد بن يحيى القاسمي رحمه الله: إن قوله في المنتخب: «الأرض البيضاء التي مالك لها» يدل على أنها قد كانت ملكت ثم صارت بعد ذلك أرضاً بيضاء لا مالك لها، بخلاف الأرض التي ذكرها في الأحكام، ولكل من الكلامين حكم، فلا تعارض. (من تنقيح أولي الألباب للسيد المذكور).

(٦) والموات من الأرض: التي لم تزرع، ولم تعمر، ولا جرى عليها ملك أحد. (من الدر النثير مختصر نهاية ابن الأثير).

(*) قال في الانتصار: الرواية: (مَوَتان) بفتح الميم والواو، وهي الأرض الميتة، وأما بفتح الميم وسكون الواو فذلك عمى القلب. وقال في الضياء: الموتان بفتح الميم وسكون الواو: الأرض التي لم تزرع.

---

[١] في الإحياء والتحجر. (قرير).

الإمام(١). قوله: «للمسلم فقط» يعني: لا للذمي فلا يجوز له إحياء الموات(٢)، وليس للإمام أن يأذن له بذلك(٣). وعن أبي حنيفة: يجوز له إحياؤها بإذن الإمام(٤).

نعم، وإنما يجوز للمسلم الاستقلال بإحياء الموات بشرطين: أحدهما: أن تكون تلك الأرض **(لم يملكها ولا تحجرها مسلم ولا ذمي(٥))** سواء كان

---

(١) لقوله ÷: ((موتان الأرض لله ولرسوله، ثم هي لكم مني)) ولقوله ÷: ((عادي الأرض للرسول، ثم هي لكم مني))، فقوله: «مني» فيه دلالة على أنه لا يجوز إحياؤها إلا بإذنه ÷، والإمام قائم مقامه. قال الإمام يحيى: والمراد به في قوله: «عادي الأرض»: التي كانت ملكاً لقوم عاد. والمصحح أن المراد بـ«عادي الأرض»: القديمة، ذكره المؤلف، وقد ذكره في النهاية حيث قال: شجرة عادية أي: قديمة؛ كأنها نسبت إلى عاد، وهم قوم هود النبي، وكل قديم ينسبونه إلى عاد وإن لم يدركهم. (وابل).

(*) وحجة المنتخب قوله ÷: ((موتان الأرض...)) الخبر. قلنا: محمول على ما قد أحيي ثم مات واندرس؛ جمعاً بين الأدلة. (بستان).

(٢) لقوله ÷: ((موتان الأرض لله وللرسول، ثم هي لكم من بعدي))، وهذا خطاب للمسلمين[١]. (غيث).

(*) وأما الحطب والحشيش فيملكها الذمي بالنقل اتفاقاً. (قرير).

(*) في دار الإسلام، فإن فعل لم يملك. ولفظ حاشية: ولو في خططهم. (شرح أثمار). (مفتي).

(*) فإن فعل لم يملك.

(٣) إلا لمصلحة. اهـ [وظاهره ولو لمصلحة].

(٤) وحجة أبي حنيفة أن إذن الإمام يبيح لهم ذلك. قلنا: ليس للإمام مخالفة الخبر. (بستان).

(*) قال في شرح الإبانة: إن للإمام أن يأذن إذا رأى في ذلك صلاحاً. اهـ ومثله في الانتصار.

(٥) صوابه: لم يملكها مسلم ولا ذمي، ولا تحجرها مسلم. (قرير).

(*) لا حربي، يعني: فيما قد ملك، فهي كما لو لم تملك، وكذا إن ملكها كافر والتبس هل هو حربي[٢] أو ذمي. والحاكم في هذا الباب كالإمام، سواء كان من جهة الصلاحية أو من جهة النصب. وحيث يعتبر إذن الإمام وأحيا من دون إذن لم يثبت له حق ولا ملك. (رياض) (قرير).

---

[١] قال ابن بهران: وهذا من الأحاديث المشهورة. (ضياء ذوي الأبصار).

[*] فلا يكون للإمام أن يأذن للذمي بإحياء شيء من ذلك.

[٢] فهي كالتي لم تملك قط. (بيان). فإن قيل: يغلب جانب الحظر؟ يقال: الأصل عدم الذمة؛ إذ لم يتحقق الاحترام. (شامي).

=

معيناً أم غير معين.

(و)الثاني: أن **(لا)** تكون قد **(تعلق بها حق**(١)**)** فإن كان قد تعلق بها حق لم يجز الاستقلال بإحيائها.

قال عليه السلام: وقد ذكر أصحابنا من ذلك ضروباً، منها: بطن الوادي. قال الفقيه يحيى البحيبح: وصورته ما يجري ماؤه إلى البحر.

وقال الفقيه يوسف(٢): ما يسقي به قوم غير محصورين.

وقال في الانتصار(٣): ما يسقي الأملاك الكثيرة، كسهام(٤) وسردد(٥).

الضرب الثاني: محتطب القرية ومرعاها ومرافق القرية(٦).

(*) وإذا كانت قد ملكها ذمي والتبس صرفها الإمام أو الحاكم إلى مصارف دنيا أهل الذمة، كمناهلهم[١] وطرقهم، فإن لم يكن ففي المسلمين. (بيان).

(١) **فرع**: وأما مرافق البلد البعيدة كالمحتطب والمراعي فقال المؤيد بالله: يجوز إحياؤها ولو ضرهم. وقال أبو طالب: لا يجوز إلا بإذنهم، فلو أحياها أثم وملكها[٢] عنده. قال أبو جعفر: وكذا في نادي البلد ونحوه على قول أبي طالب. (بيان بلفظه).

(٢) في نسخة: الفقيه محمد بن يحيى.

(٣) قال المفتي رحمه الله: وهذه الأقوال متقاربة.

(٤) ورِمع، ومور، وسيحون، وجيحون، والفرات، ودجلة [نهر بغداد، وهو الصحيح] والنيل. وسيحون: نهر الهند، وجيحون: نهر بلخ، ودجلة والفرات: نهرا العراق، والنيل: نهر مصر، أنزلها الله من عين واحدة من عيون الجنة، فاستودعها الجبال، وأجراها في الأرض، وجعل فيها منافع للناس في أصناف معايشهم. (كشاف). فعند خروج يأجوج ومأجوج يأمر الله تعالى جبريل برفع الأنهار الخمسة، والقرآن، والعلم كله، والحجر الأسود، ومقام إبراهيم عليه السلام، وتابوت موسى، فيفقد أهل الدنيا خير الدنيا والدين، وذلك قوله تعالى: ﴿وَإِنَّا عَلَىٰ ذَهَابٍ بِهِ لَقَادِرُونَ۝١٨﴾ [المؤمنون]. (من تفسير علي بن [محمد بن أبي] القاسم صاحب تجريد الكشاف من أولاد الهادي عليه السلام).

(٥) كقُنفُذ وجُنْدَب وجعفر، واد بتهامة. (قاموس).

(٦) كالنادي، وهو موضع اجتماعهم، والمصلى، والميدان، ومجمع البهائهم، وموضع إلقاء الزبل.

---

[١] للشرب، لا للتطهير. (قرير).

[٢] والأصح أنه لا يملكها عندنا. (كواكب) (قرير). [ويجب عليه الرفع. (قرير)].

=

الضرب الثالث: المقابر(١)، فإنه لا يجوز إحياؤها وعمارتها، وقد تقدم حكم ذلك في كتاب الجنائز.

الضرب الرابع: حريم العين والنهر، وفناء الدار.

الضرب الخامس: الطرقات المسبلة والمشروعة(٢)، فإنه لا يجوز إحياؤها.

(و)يجوز **(بإذن الإمام(٣) فيما لم يتعين ذو الحق فيه(٤))** بأن كان صاحب الحق قد جهل أو لا ينحصر، كبطون الأودية التي تعلق بها حق الناس عموماً فإنه يجوز إحياؤها بإذن الإمام(٥)، لكن إذا كان ذلك الحق قد تحول عن

(*) قال الفقيه محمد بن سليمان: إلا من أراد عمارة دار قرب البلد فليس لهم منعه، سواء كان منهم أو من غيرهم. (بيان). وقواه حثيث والمتوكل على الله، وإلا لزم أن لا يجتمع بيتان.اهـ بل لهم المنع إذا كان عليهم ضرر فيما ترك[١]. (حاشية سحولي). وقيل: إن كان منهم فليس لهم المنع، وإن لم يكن منهم فلهم المنع. (بيان). إذا كان لا يضرهم ولا بعضهم. (شامي). وقيل: لهم منعه مطلقاً: ضرهم أم لا، منهم أم لا. (قرير).

(*) ولا فرق بين القريبة والبعيدة.

(١) حيث كانت في مباح.

(*) لا معنى لجعل المقابر من الحقوق؛ لأنها إما مسبلة أو مملوكة، وإن كانت في مباح فقد ملكها بالحفر. (سماع سيدنا علي رحمه الله).

(٢) بين الأملاك.

(٣) والحاكم والمحتسب.

(٤) لكن مع بقاء الحق بشروط ثلاثة: إذن الإمام، وعدم الضرر، والمصلحة العامة. ومع تحول الحق بشرط: إذن الإمام [أو الحاكم أو المحتسب] وعدم الضرر، ولو لخاصة. (حاشية سحولي لفظاً) (قرير).

(*) إلا عرفة ومزدلفة ومنى فلا يجوز إحياؤها؛ لتعلق حق الوقوف في الأول والمبيت في الآخرين. (شرح منهاج).

(٥) هذا قول المؤيد بالله.اهـ وأبو طالب أجازه بغير إذن. (بيان معنى). وكذا الخلاف في أخذ أشجار الأودية وثمارها. (بيان). فقال أبو طالب: يجوز بغير إذن. وقال المؤيد بالله: لا يجوز إلا بإذن؛ بناء على أصله أن حكم النابت حكم المنبت. والمذهب في الأشجار والأثمار جواز الأخذ من غير إذن الإمام.اهـ ولفظ البستان: قيل: وقول المؤيد بالله في المنع من إحياء بطون الأودية أقوى، وقول أبي طالب في جواز أخذ أشجارها وأثمارها أقوى. (بلفظه).

---

[١] يعني: تركوه للمرور أو نحوه.

موضعه، نحو أن يتحول مجرى الماء عن الوادي(١) جاز للإمام أن يأذن بإحيائه لمن شاء(٢) من غني وفقير، وإن لم يكن قد تحول لم يجز إحياؤه إلا بشروط ثلاثة(٣): إذن الإمام، وأن(٤) لا يكون فيه مضرة على المسلمين(٥)، وأن(٦) يكون لمصلحة عامة، كمسجد أو حاكم أو مدرس(٧) أو نحو ذلك **(وإلا)** يكن ذو الحق مجهولاً بل معيناً **(فالمعين(٨))** لا يجوز الإحياء إلا بإذنه، وذلك نحو محتطب القرية ومرعاها حيث أهلها منحصرون، وبطن الوادي الذي أهل الحق

---

(١) إلى مباح. (قرز).

(٢) فإن عاد الماء إلى الموضع الذي تحول عنه فإن حق المحيين ثابت لم ينتقل[١]. وظاهر كلامهم في السكك أنه إذا أذن الإمام فيما لا ضرر فيه وقت الإذن ثم حصلت بعد الإذن فإنه يرفع؛ لأنه مشروط بعدم الضرر في الحال والمآل، فينظر في الفرق. ومثل هذا في الغيث. ويمكن الفرق بأن المضرة في السكك أشد منها في الوادي. اهـ وقيل: لا فرق؛ فيرفع ما ضر.

(*) مع عدم المضرة.

(٣) الأول.

(٤) الثاني.

(٥) ولو على واحد. (قرز).

(*) فإن حصلت المضرة من بعد وجب رفعه. فأما إذا بطلت المصلحة؟ قيل: إن المعتبر في المصلحة وقت الإذن، ولا عبرة بها بعده، وتورث عنه وإن لم يكن في الوارث مصلحة. (بستان) و(قرز). ولعل هذا مع التمليك من الإمام. (سماع تهامي). وقرز في قراءة البيان الأول.

(*) والذميين.

(٦) الثالث.

(٧) ولو في مسألة واحدة. (مفتي) و(قرز).

(*) أو مفت.

(٨) مكلف، أو ولي لمصلحة. (قرز).

---

[١] وفائدته: أنهم إذا أمكنهم رد الماء أو تحويله فلهم ذلك. (تذكرة معنى).

فيه منحصرون، والطرق المنسدة[١]، ونحو ذلك[٢].

(غالباً) احترازاً من صورة فإن الحق فيها لمعين وهو يجوز إحياؤها بإذن الإمام، وذلك حيث يتحجر أرضاً متحجر ولا يحييها حتى تمضي ثلاث سنين، فإن لغيره أن يحييها بإذن الإمام[٣]، فأما بغير إذنه فلا.

---

(١) ومساقي الأرض. (بيان) (*قرر*).

(٢) مرافق القرية، كالنادي ونحوه.

(*) كحريم العين والدار، وأما النافذة فيجوز للمصلحة العامة بإذن الإمام، كما سيأتي.

(٣) بعد العرض عليه، أو مراسلة الغائب، كما يأتي للفقيه علي. (*قرر*).

(فصل): في بيان كيفية الإحياء الذي يحصل به الملك

(و)اعلم أن الملك **(يكون)** بأحد أشياء ستة: إما **(بالحرث**[١] **والزرع**[٢]**)** فإذا حرث وزرع[٣] ملك، والمراد بالزرع إلقاء البذر[٤].

قال عليه السلام: والتحقيق[٥] عندي أن المعتبر العرف، فلو جرى عرف أن الحرث يوجب الملك ملك به[٦].

الثاني قوله: **(أو الغرس**[٧]**)** ولا إشكال أنه يملك موضع الغرس[٨] **(أو امتداد الكرم**[٩]**)** على المباح فإنه يوجب ملك ما امتد عليه ....

(١) حيث كان يحتاج إلى حرث، لا ما لا يحتاج كالطهف.

(٢) وفي الأثمار بالتخيير، لأن أحدهما كاف؛ لأن الطهف لا يحتاج إلى حرث.اهـ وقيل: إن العبرة بالعرف. (قرير).

(٣) والمراد في الأرض البيضاء، وأما التي فيها الشجر فإذا قلع شجرها بحيث تصلح للزرع فقد ملكها. (كواكب) و(قرير).

(٤) وإن لم ينبت. (قرير).

(٥) قوي. (أثمار).

(٦) لأن العرف يبين مطلقات الشرع. (بحر). ما لم يصادمه نص، فإن صادمه فلا عبرة به.

(٧) ولو فسدت. (قرير).

(٨) والفرج المعتادة، وما زاد فحق.

(٩) وغيره، كالقرع ونحوه.

(*) ونحوه.اهـ إذا كان مما يراد به البقاء كالنخل ونحوه، لا الزرع والدباء -وهو اليقطين- والكراث والبقل ونحوه.اهـ ظاهر الكلام عدم الفرق بين النخيل وغيره. (قرير). وهل حكم العروق حكم الأغصان؟ اختار في البيان أنه كذلك؛ لأن حكم القرار حكم الهواء. (بستان معنى من كتاب الشفعة). وفي حاشية السحولي: وهل حكم العروق في[١] ملك ما نزلت إليه حكم الفروع؟ وظاهر قولهم أن تخوم الأرض حقوق لا تملك من غير فرق بين ما فيه شجر وما لا. (قرير).

---

[١] بل حق فقط. (قرير).

(أو إزالة الخمر[١]**)** من الأرض، وهو شجرها **(والتنقية**[٢]**)** لها حتى تصلح للزرع وإن لم تزرع.

وقال ابنا الهادي[٣]: إن ذلك لا يكفي، بل لا بد من الزرع.

الثالث قوله: **(أو اتخاذ حائط**[٤]**)** حولي الأرض يمنع الداخل من الخروج

---

(١) وسمي بالخمر[١] لأنه يغطي الأرض، ومنه سمي الخمر خمراً؛ لأنه يغطي العقل، وكذا خمار المرأة لتغطيته وجهها، قال الشاعر:

ألا يا زيد والضحاك سيرا ... فقد جاوزتما خمر الطريق

أي: شجرها. وقال آخر:

من كان في معقل للحرب أسلمه ... ومن كان في خمر لم ينجه الخمر

ولهذا قيل: كان لرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم خمرة يصلي عليها، وهي السجادة، سميت بذلك لكونها تغطي الأرض وتسترها. (ديباج).

(٢) من عرق وحجر حتى تصير الأرض صافية. (هامش هداية).

(*) أو قطع الشجر والاحتشاش فإنه يملك أصل الشجر وأصل الحشيش، ويكفي في ذلك مرة واحدة.اهـ فلا يجوز لأحد أخذه بعد ذلك. (هداية معنى). إلا أن يتركه راغباً عنه كما يأتي للإمام عليه السلام.

(*) ولا تملك الشجر بالتهذيب.اهـ وقرر الهبل أنها تملك بالتهذيب. (قرر).

(*) لا بعد أحدهما فلا يوجب الملك.اهـ ومعناه في البيان.اهـ ولفظه: الثاني: أن يقلع أشجار الأرض وينقيها بحيث تصلح للزرع.

(٣) الناصر والمرتضى.

(٤) **فائدة**: إذا حاط حائطاً يوجب الملك هل يملك ما داخله من الأشجار؟ قال الفقيه يوسف: لا يملكها؛ لأنها من الكلأ الذي ورد الخبر فيه. وهو محتمل للنظر. وقد ذكر في البيان[٢] أن من أراد إحياء الشجر[٣] فإنه يحيط عليها كما في الأرض. (من خط علي بن زيد).

---

[١] بفتح الخاء والميم، على وزن فعل بفتحهما.

[٢] ولفظه: **مسألة**: من غرس كروماً في موضع مباح، أو نبتت بنفسها فيه، ثم تملكها -بأن هذبها وقطع عوارضها، أو بأن حيط عليها حائطاً- ثم أرسل أغصانها إلى موضع مباح أو إلى أشجار مباحة فإنه يملك الكروم ومواضعها، فأما ما امتدت عليه من الأرض والأشجار فقال المؤيد بالله: يثبت له فيه حق. وقال الفقيه حسن: بل يملك الأرض؛ للعرف بذلك. (بيان). ويملك الفرج المعتادة.

[*] في المسألة التي قبيل باب المضاربة.

[٣] فيملكها المتحجر، يعني: الشجر. (قرر).

والخارج من الدخول من غير تكلف(١).

قال في الانتصار: وإن لم تنصب الأبواب. وقال في مهذب الشافعي: مع نصب الأبواب.

الرابع قوله: **(أو)** اتخاذ **(خندق قعير(٢))** حولي الأرض، والقعير: هو ما يمنع الداخل من الخروج والخارج من الدخول إلا بتكلف(٣).

الخامس قوله: **(أو)** اتخذ **(مسنًى(٤) للغدير)** وهو أن يجعل حوليها تراباً(٥) حتى يحيط بها **(من ثلاث جهات(٦))** وتبقى جهة لدخول الماء. والمسنى: هو العرم. والمراد بالمسنى الذي يوجب الملك ....

---

(١) بخلاف الدار فالأساس[١] كاف؛ لقوله ﷺ: ((من أحاط على أرض فهي له)). (بحر).

(*)والتكلف: هو أن يرفع رجله زائداً على المعتاد. (قرر).

(*) صوابه: إلا بتكلف[٢]، وهو ما زاد على المعتاد.اهـ لا فائدة للتصويب؛ لأن معناه: من غير تكلف، وأما بتكلف فهو يمكن، فلا وجه للتصويب.

(٢) يعني: عميق.

(٣) ما زاد على المعتاد. (قرر).

(٤) لفظ عجمي بسين مهملة وبنون مشددة. (كشاف). وهو حائط يبنى في وجه الماء.

(٥) وسواء كان التراب الذي حواليه من داخل أم من خارج فإنه يملك ما داخله (زهور) (قرر).

(٦) بناء على الأغلب، وإلا كفت جهة واحدة.

(*) ويملك ما داخل الأعرام، ويثبت له حق[٣] في الجهة الرابعة إلى حيث يمتد الماء[٤]، وكذا فيما حول الأعرام مما يحتاج إليه لإلقاء الطين. (بيان لفظاً).

---

[١] بل لا بد أن يفعل ما يمنع الداخل والخارج إلا بحرج، وإلا فلا ملك. (هامش بيان).

[٢] المعنى فيهما واحد، وإنما اختلفا لفظاً، فكلاهما مستقيم بلا إشكال. (شوكاني).

[٣] وقيل: يكون ملكاً. (وابل). كما في الأشجار إذا امتدت.اهـ ويوجب الحق في الأصباب وفيما حول الأعرام. (شامي) و(قرر).

[٤] تحقيقاً أو تقديراً، فإنه يملك للعرف. (مفتي، وسحولي) (قرر).

أن يحبس الماء(١)؛ لأنه المقصود بذلك، لا منع الداخل والخارج.

(و) السادس من أسباب الملك: يحصل **(بحفر في معدن أو غيره(٢))** فمن حفر حفيراً لاستخراج معدن أو لغير ذلك ملك ذلك الحفير(٣). **(ويعتبر)** في ثبوت الملك بهذه الأشياء **(قصد الفعل(٤) لا)** قصد **(التملك(٥))** فلا يعتبر، فلو أحرق(٦) أو قطع الشجر أو بنى أو حفر ملك وإن لم يقصد الملك، فأما لو لم

---

(١) فعلى هذا لو كان في مكان منحدر وعرَّم من جهة واحدة لزم أن يكفي. وأما تطنيب الخيمة فيثبت به حق[١] فقط، ذكره الإمام يحيى. (كواكب). بخلاف العشش التهامية فكالبناء. (بحر بلفظه).

(٢) كأن يحفر لصيد أو لأخذ تراب - ملك ذلك الموضع. (بيان) (قرر).

(٣) لا تخومه.

(*) وأما المعدن فلمن سبق إليه. (قرر).

(٤) في الإحياء والتحجر. (حاشية سحولي) (قرر).

(*) ولو صبياً أو مجنوناً. (قرر).

(*) قياساً على الشراء، فالمقصود اللفظ لا التملك. (بستان[٢]).

(*) ولفظ حاشية: ولو كان المأمور صبياً فيملكه مطلقاً، سواء كان مميزاً أو غير مميز على قول الهادوية، وهو المختار. (مقصد حسن[٣]) (قرر).

(٥) إذ هو سبب ملك فلا تعتبر فيه النية كالبيع. (بحر من الإحياء والتحجر) (قرر).

(٦) وصلح للزرع.

---

[١] لاعتياد انتقالهم، بخلاف العشش. وقياس كلام أهل المذهب أن قد ملكوه كالمحتطب ونحوه. [قال في المعيار: نزول أهل الخيام وبيوت الشعر في الفلوات فإنه يثبت لهم حقاً في مضاربهم وطرقاتهم، ويثبت لهم حقوقاً فيما حواليهم من الغدرات والمراعي ونحوها، فلهم منع غيرهم مما يضر بهم، كما يثبت لأهل القرى فيما حولها من المرافق القريبة، كحريمها ومجمع بهائمها وملعب صبيانها ونحوها، والبعيدة كمحتطبها ومرعاها، وأصباب أمواهها].

[٢] لفظ البستان: وذلك لأن الإحياء سبب للملك، فلا تعتبر فيه النية كالشراء.

[٣] لفظ المقصد الحسن: **مسألة:** ذكروا أن الصبي غير المميز إذا أمره آمر بإحياء أو احتطاب أو نحوهما أن الحاصل من ذلك يكون للصبي عند المؤيد بالله كالهدوية مطلقاً: مميزاً أو غير مميز. وقال الفقيه يحيى البحيبح: بل للآمر عند المؤيد بالله كالمميز؛ لأنه كالآلة، كما إذا أمره بجناية على نفس أو مال فإن الضمان على الآمر وحده.

يقصد الفعل، نحو أن يضع ناراً في مكان فتعدت إلى موضع لم يقصد إحراق شجره لم يملك ذلك الموضع(١).

(و)إذا أحيا موضعاً بأحد الوجوه(٢) التي تقدمت فإنه **(يثبت به الملك)** ولو عطله، ولو لم يستعمله بزرع أو غيره، فملكه باقٍ **(ولا يبطل بعوده كما كان)** قبل الإحياء، ذكره في تعليق الإفادة.

قال مولانا عليه السلام: ولعله يعني إذا لم يتركها رغبة(٣) عنها، فأما لو تركها رغبة(٤) -كما يفعله كثير ممن يقصد الحطب والاحتشاش- فإنه إذا أحياها غيره بعد ذلك ملكها المحيي، كمن سيب الدابة رغبة عنها.

(و)الإحياء(٥) **(لا يصح فيه و)**لا **(في نحوه(٦) الاستئجار** ....

---

(١) حيث تعدت بهبوب الريح، وأما بالاتصال فيملك أينما بلغت وإن لم يقصد. (سماع سحولي) (قرير).

(*) حيث كان منفصلاً، لا متصلاً. فيملك، كما يأتي في الجنايات. (قرير).

(٢) الستة.

(٣) وكذا سائر الأملاك تخرج بالرغبة عنها، ولا فرق بين المنقول وغير المنقول. (قرير).

(*) ولا تصح رغبة الصبي والمجنون؛ لأنه لا يصح أن يخرجاه عن ملكهما بعد ثبوته. (بحر) [(حاشية سحولي (نخ))].

(*) فلو أحياها محي ظناً منه أنها لم تملك ثم انكشف ملكها غرم الأول ما غرم فيها؛ لأنه كالغار بإهمالها، ذكره في الإفادة. قلنا: ليس بمتعد -أي: الأول- بذلك، فلا ضمان. (كواكب معنى). وتجب الأجرة على الثاني. (قرير). لأنه غاصب للأرض وإن سقط عنه الإثم لجهله. (قرير).

(٤) والقول قوله في عدم الرغبة. (قرير).

(٥) والتحجر. (قرير).

(٦) **فائدة**: وهذا كله إذا لم تكن الأرض مملوكة ولا متحجرة، فأما إذا كانت مملوكة أو متحجرة صح الاستئجار، وتكون للمستأجر[١]. (ديباج).

---

[١] ويؤخذ من هذا أنه يجوز الاستئجار على الحقوق، وهو المختار، كمن استؤجر [كما يستأجر (نخ)] على إطلاع الماء من الآبار المملوكة وإن كان الماء مباحاً على أصلنا، ما ذاك إلا أنها قد حصلت الأخصية، وهو الحق، ذكر معناه المفتي. وقد ذكر نحو هذا الكلام في المساقاة حيث قال: يصح أن يستأجر من ينزح له من ملك أو حق. (جربي).

والاشتراك[١] **والتوكيل**[٢]**)** فلو استأجر أجيراً يحيي له أرضاً، أو نحو الإحياء، وهو أن يستأجره أن يصطاد له أو يحتش أو يحطب أو يسقي[٣]- لم يصح الاستئجار، وكذلك لو عقد اثنان شركة في ذلك، أو وكل رجل غيره لم يصح **(بل يملكه الفاعل**[٤]**)** إذا فعل **(في الأصح)** من المذهب، وهو تحصيل أبي العباس وأبي طالب ليحيى عليه السلام، وهو قول أبي حنيفة والشافعي. وقال المؤيد بالله ومالك: بل يصح ذلك كله.

تنبيه[٥]: أما إذا قطع شجرة ....

---

(١) **فرع**: فمن نصب جداراً في فلاة للاستظلال به ثبت له حق في ظله من الجهتين، لكن في القدر الذي يفتقر عادة إلى الظل عند بلوغه، لا فيما زاد عليه ولا عند عدم الظل فهي للسابق. (معيار).

(٢) ولو قال رجل لغيره: «احفظ لي هذا المكان في المسجد» كان الحق فيه للحافظ لا للآمر[١].

(٣) من المباح.

(٤) ولو نواه لغيره. (هداية) (قرر).

(*) ولا أجرة له من الآمر. (بحر). إلا أن يكرهه. فإن كان المأمور ذمياً لم يكن لأحد منهما، بل يكون مباحاً.اهـ المختار أنه يملكه الذمي.وقيل: يملك الأشجار، لا الأرض فهي على أصل الإباحة.

(*) قلنا: إلا إذا أمر بنصب الشبكة فإنه يكون للآمر[٢]. (غيث معنى). قال في بعض الحواشي: وفاقاً. (غيث). وقال في بيان السحامي: هذا إنما يستقيم على قول المؤيد بالله فقط.

(٥) قال حي سيدنا العلامة أحمد بن صالح بن أبي الرجال في تأليفه المسمى «مطلع البدور ومجمع البحور» في ترجمة القاضي محمد بن صالح السلامي ما لفظه: اجتمعت به مراراً في الحضرة المتوكلية، وسمعته يروي له أن فقهاء ذمار الفضلاء تركوا التوضؤ بماء المدرسة الشمسية؛ ....=

---

[١] **مسألة**: ومن سبق إلى بقعة في المسجد فهو أحق بها حتى ينصرف، إلا مع عزم العود فوراً، كمن خرج لرعاف أو تجديد وضوء؛ لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((إذا قام أحدكم من مجلسه فهو أحق به إذا رجع إليه)). فإن اعتاده لتعلم أو نحوه استمر حقه، كالحرف في الأسواق. (بحر) (قرر).

[٢] لأن إمساك الشبكة كإمساك المالك. (سماعاً).

=

مكرهاً(١) فقال المؤيد بالله: تكون للمأمور(٢)؛ لبطلان الأمر.

وقال أبو طالب: لا مالك لها، بل لمن سبق. فجعل الإكراه صير الفعل كلا فعل، والمؤيد بالله صير الأمر كلا أمر.

= لأن الذي ينزع الماء إلى المطاهير صغير[١] لما يبلغ، فقالوا: هذا الماء مباح قد ملكه الصغير بالنقل والإحراز، فبأي شيء يخرج عن ملكه؟ فتحرجوا لذلك، فعارضهم القاضي إبراهيم حثيث أيام طلبه فقال: هذا لا يملكه الفاعل، بل يملكه الآمر؛ لسبق الحق، وهكذا كل ما قد تعلق به حق، وهي الحيلة لمن أراد التوكيل في الإحياء. فسألوه من أين أخذ ذلك فنسبه إلى التذكرة والبيان[٢]. (من ورقة متصلة من شرح القاضي أحمد بن محمد الشجني رحمه الله، نقلها بخطه عن نقل سيدنا حسن رحمه الله).

(١) قال في البيان: من أكره عبد غيره على الاحتطاب أو نحوه كان للسيد، وكذا مع المطاوعة. قال الفقيه حسن: وتلزم الأجرة مع الإكراه، لا إن كا مطاوعاً. (بيان). لأن النفع قد صار إلى سيده. وقيل: تلزم الأجرة مطلقاً، وهو ظاهر الأزهار حيث قال: «والعبد كالصغير».

(٢) وتجب الأجرة. قلت: وهو قوي[٣]؛ إذ الإكراه لا يرفع حكم كل فعل، كالزنا. (بحر).

(*) وقوى كلام المؤيد بالله في البحر.

(*) فإن كان المأمور ذمياً لم يكن له ولا للآمر.اهـ وقيل: يملك الأشجار، وأما الأرض فعلى أصل الإباحة.اهـ وقال المزني: للآمر. (بحر).

---

[١] يقال: الصغير يصح أن يؤجره وليه فتكون الإجارة صحيحة، فيملكه المستأجر وإن كان المؤجر صغيراً. (من هامش مطلع البدور).

[٢] وفي معيار النجري ما لفظه: **فرع**: ويملك الصبي ما اغترفه فيحرم استعماله، ولا يجزئ الوضوء به، فإن صبه على ماء آخر مباح: فإن كان قليلاً بحيث لا يظن استعماله باستعمال المباح لم يمنع من استعمال المباح واغترافه حتى يبقى قدر ذلك المصبوب.

فرع: ويصير ذلك كمن ألقى تمرة لصبي بين تمر كثير ولم يمكن تمييزها بعلم ولا ظن، فإنه يجوز استهلاكه حتى يبقى تمرة واحدة فقط يجوز أنها تمرة الصبي على ما سيأتي إن شاء الله. (من خط سيدنا العلامة صفي الدين أحمد بن الحسن بن أبي الرجال).

[٣] أي: كونه للمأمور.

(فصل): في التحجر وحكمه

(والتحجر[١]**)** يثبت **(بضرب الأعلام**[٢] **في الجوانب**[٣]**)** فمن أراد أن يتحجر أرضاً أو شجراً ضرب أعلاماً[٤] في جوانبها، إما بنصب أحجار[٥]، أو اتخاذ خندق غير قعير، أو تعليق أغصان الشجر بعضها إلىٰ بعض، فإنه يصير متحجراً لما وراء ذلك، فأما نفس الخندق فيملكه بالحفر.

قال أصحابنا: أو يتخذ فرجيناً[٦]، وهو الزرب. قال الفقيه محمد بن يحيىٰ: فيه نظر، لأن أقل أحواله أن يكون كالمسناة[٧].

قال مولانا عليه السلام: لا وجه للتنظير؛ لأن المتبع العرف، ولعل الفرجين في عرفهم لا يوجب الملك.

---

(١) قال في الإرشاد: وإنما يتحجر ما يطيق إحياءه. قال في شرحه: بل ينبغي أن يقتصر علىٰ قدر كفايته؛ لئلا يضيق علىٰ الناس، فإن تحجر ما لا يطيق إحياءه أو زائداً علىٰ كفايته فلغيره أن يحيي الزائد علىٰ ما يطيقه وعلىٰ قدر كفايته. انتهىٰ. وهو الذي تقتضيه قواعد المذهب؛ إذ المقصود بالتحجر ليس إلا الإحياء. (بهران بلفظه). وظاهر الأزهار ولو زاد علىٰ كفايته. (قرير).

(٢) **فرع**: ومن لم يفعل أحد هذه الأشياء ولكن اتخذ له محجراً يمنع الناس منه فإنه لا يجوز له ذلك، ولا يثبت له فيه حق إلا أن يأذن له الإمام؛ لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((لا حمىٰ إلا لله ولرسوله)). (بيان). ولأئمة المسلمين. (بحر).

(٣) الأربعة.

(*) **مسألة**: الوقر في الصفا ليس بإحياء، فيثبت به الحق. والأولىٰ أنه يصير به ملكاً كما في حفر المعدن والمدافن المنقورة في الصفا. (قرير).

(٤) أو يجعل علامات في جوانبها كالنورة والجص، ولا بد من قصد الفعل. (مفتي).

(٥) متفرقة، لا مجتمعة بحيث تمنع الداخل والخارج إلا بحرج فتوجب الملك. (قرير).

(٦) متفرقاً حسب العادة، فلو كان متصلاً يمنع الدخول أوجب الملك. (بيان بلفظه).

(٧) حائط يبنىٰ في وجه الماء، ويسمىٰ السد. (مصباح).

نعم، والتحجر **(يثبت به الحق**[١]**)** وهو أنه أولى به من غيره **(لا)** أنه يثبت به **(الملك، فيبيح أو يهب**[٢] **لا بعوض**[٣]**)** لأن الحقوق لا يجوز بيعها. **(وله منعه وما حاز**[٤]**)** أي: إذا تحجر موضعاً جاز له منع الغير مِنْ إحيائه ومِنْ قطع

---

(١) ويورث عنه حقاً لا ملكاً. (بيان) (*قرر*).

(٢) ويصح له الرجوع في هبة المتحجر ولو قد حصل أحد الموانع؛ لأن هبته إباحة.اهـ ما لم يحصل أحد الموانع. (وابل). واختاره الإمام شرف الدين؛ إذ الإباحة يمنع الرجوع فيها ما يمنع الهبة.

(٣) وأما العوض فقال الفقيه يوسف: يرجع به مع البقاء والتلف؛ إلا عند من يقول: إن الإباحة لا تبطل ببطلان عوضها.

(*) ولو مضمراً، فيكون كالغصب في جميع وجوهه مع جهل الدافع، ومع علمه كالغصب إلا في الأربعة. (*قرر*).

(٤) ويجوز له المدافعة عن ذلك قبل أخذه، فإن أخذه الغير ملك ما أخذه، ولم يجز للمتحجر أن يسترده[١] منه. ولعل هذا حيث قصد تحجر الأرض فقط وفيها أشجار موجودة عند التحجر، ولم يقصد تحجر الأشجار الموجودة عند التحجر، سواء كانت مما ينبَّت أم لا – فإنه يثبت له فيها حق بالتحجر، ولا يملكها، والذي سيأتي فيما نبت بعد التحجر. وهو يقال: فلو أحيا هذه الأرض المتحجرة مع بقاء هذه الأشجار فيها التي كانت موجودة عند التحجر هل تملك الأشجار كالأرض[٢] أم تبقى حقاً فقط كقبل الإحياء؟ فأما حيث يقصد تحجر الأرض والأشجار أو تحجر الأشجار فقط فإنه يمنع من ذلك، فلو أخذه الغير كان للمتحجر أن يسترجعه منه، فإن أتلفه فلا ضمان. (حاشية سحولي لفظاً).

(*) حيث قصد تحجر الأرض والأشجار.اهـ لا فرق؛ لأن قد ثبت الحق في الموضع وما حوى. (سماع سيدنا حسن رحمه الله).

(*)الحاصل حال التحجر. (*قرر*).

---

[١] المختار أنه يرجع بها مع البقاء؛ لأنه قد ثبت له فيها حق ولو لم يقصدها بالتحجر. (*قرر*).

[٢] هلا قيل: تكون كلأً، وليست بأقوى من الشجر النابت في الملك، اللهم إلا أن يقال: هو مما ينبت في العادة.

أشجاره وثماره؛ لأنه قد صار أحق به. **(ولا يبطل)** حق المتحجِّر **(قبل مضي ثلاث سنين[١] إلا بإبطاله[٢]، ولا بعدها)** أي: ولا يبطل بعد مضي ثلاث سنين أيضاً **(إلا به)** أي: بإبطاله **(أو بإبطال الإمام[٣])**. قال أصحابنا: فإن عطلها هذه المدة كان أمرها إلى الإمام يدفعها إلى من يعمرها إذا رأى ذلك وامتنع[٤] هو من عمارتها.

قال عليه السلام: ظاهر هذا أن حقه لا يبطل إلا أن يمتنع من عمارتها[٥].

قال الفقيه علي: فإن كان غائباً راسله الإمام[٦]، فإن لم يمكن أو كانت منقطعة[٧] فعل ما يرى من الصلاح من إبطال حقه أو الإحياء له[٨]، وكذلك

(١) لما روي أن رجلاً تحجر محجراً فجاء آخر فأحياه، فاختصما إلى عمر فأراد أن يحكم به لمن أحياه، حتى روى له رجل خبراً عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: ((أن حق المتحجر لا يبطل إلى ثلاث سنين))، فقال عمر: لو لا هذا الخبر لقضينا فيه برأينا. (بستان).

(٢) لفظاً أو قرينة.

(٣) أو من يقوم مقامه.

(٤) لا فرق.

(*) ويكون امتناعه رغبة. (قررو).

(٥) لا يبطل بمجرد الامتناع، بل بإبطاله أو بإبطال الإمام. (قررو).

(٦) وأجرة الرسول من المصالح، كأعوان الحاكم. وقيل: من مال ذي الحق.

(٧) المراد بريد.اهـ وقيل: ثلاثة أيام.اهـ وقيل: كالنكاح.

(٨) أما للمتحجر فهو لا يصح الاستنابة في الإحياء، وهذا بناء على أن الإحياء لا تصح النيابة فيه. وأنا أقول: إنما صح هنا لأن فيه حقاً له، وهو أخص به، كما يستأجر على إطلاع الماء من الآبار المملوكة لحق الكفاية من الماء المباح، ما ذاك إلا لتعلق الأمر فيها، فقد حصلت الأخصية؛ فلا تشكيل حينئذٍ. (مفتي) (قررو).

(*) وصح هنا الإحياء لأن المحيي قد تحجره.اهـ يؤخذ من هذا أنه يجوز الاستئجار للحقوق، وهو المختار، كما يستأجر على إطلاع الماء من الآبار المملوكة، وإن كان مباحاً على أصلنا، ما ذاك إلا لأنها قد حصلت الأخصية، وهو الحق.

الحاكم(١) **(ولا)** يبطل التحجر **(بإحيائه غصباً(٢))** فمن أحيا المتحجر عالماً أنه متحجر أو جاهلاً لم يملكه.

قال الفقيه محمد بن سليمان: ويكون إحياء للمتحجر، فإن زرع لزمته الأجرة للمتحجر(٣). وروى أبو مضر عن القاضي زيد وصححه: أنه ليس بإحياء لأحد(٤). قال القاضي زيد: فإن زرع كانت الأجرة لبيت المال.

---

(١) ولو من باب الصلاحية.

(٢) ويجوز للمتحجر قلع زرع الغاصب من الموضع المتحجر كالملك، وكذلك ما فعل في سائر الحقوق تعدياً فلصاحب الحق إزالته وإن لم يستحق أجرة على ما فعل فيه؛ لأن تأجير الحقوق لا يصح كما لا يصح بيعها. ولا كراء على المحيي للمتحجر غصباً، لا للمتحجر ولا لبيت المال في الأصح. (حاشية سحولي) (قرير).

(*) وإذا أبطل المتحجر حقه فهل يكون إحياء الغاصب كافياً أم لا؟ الجواب: أنه لا يكفي، بل لا بد من إحياء آخر؛ إذ الإحياء الأول كلا. [يعني: كلا إحياء].

(*) فإن قلت: ألستم ذكرتم أن من اقتطع شجرها غصباً ملكه مع كونه متحجراً فهلَّا ملك القرار أيضاً؟ قلت: نص المؤيد بالله على الفرق، أي: على أنه يملك الشجر ولا يملك القرار. قال أبو مضر: والفرق بينهما يدق، بل يلزم أن يملك القرار كالشجر. قال الفقيه علي: وجه الفرق الخبر، وهو قوله ÷: ((الناس شركاء في ثلاث..)) فجعل الشجر مشتركاً لا الأرض. وقال الفقيه محمد بن سليمان: الفرق بينهما أن الأرض هي المقصودة بالتحجر، والشجر تابع، فلهذا لم يملك المقصود، فلو فرضنا أن المقصود بالتحجر الشجر لم يملكه[١]. (غيث).

(٣) المذهب عدم الأجرة، والزرع للزارع. (قرير).

(٤) **مسألة:** ومن تحجر محجراً بما تقدم فهو أحق به من غيره، ويورث عنه، ويصح منه هبته[٢] لغيره، وهي إباحة، وكذا الوصية به، لا بيعه ولا أخذ العوض عليه، وله منع غيره من إحيائه وقطع أشجاره وثماره. (بيان).

---

[١] فيجب رده مع البقاء، وإذا أتلفه فلا قيمة له.

[٢] قال سيدنا: إن هبة الحقوق على ثلاثة أضرب: تمليك، وإسقاط، وإباحة، فالتمليك هبة الدين لمن هو عليه، والإسقاط: هبة الشفعة والخيارات في البيع، والإباحة هبة المتحجرات. (قرير).

قال مولانا عليه السلام: وهذا الذي أشرنا إليه بقولنا: **(قيل**[١]**: والكراء لبيت المال)** وهذا ضعيف جداً، وقد أشرنا إلى ضعفه بقولنا: «قيل»، ووجه الضعف أن الأرض لم يملكها بيت المال بإحيائها، وإذا لم يملكها لم يكن الكراء في مقابلة شيء يستحقه بيت المال، فلا وجه للزومه[٢].

(والشجر[٣]**)** النابت **(فيه)** أي: في الموضع المتحجر[٤] **(وفي غيره)** مما لا

(١) القاضي زيد.

(٢) والزرع للزارع. (قرير).

(٣) الحاصل بعد التحجر. (قرير).

(*) **مسألة**: وما نبت في موضع مملوك ولو مقبرة مملوكة [أعارها مالكها للقبر]، فإن كان مما ينبته الناس في العادة فهو لمالك الموضع إن كان بذره يتسامح به، وإن كان لا يتسامح به فهو لمالكه إن عرف، وإلا فلبيت المال بعد اليأس من معرفته. وإن كان مما لا ينبته الناس فهو مباح عند الهادوية، وعند المؤيد بالله لمالك الموضع. (بيان).

(٤) وأما ما يفعله كثير من الحكام في شأن حدود البلد فهو مخالف للنص، وهو قوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((الناس شركاء في ثلاث))، وأما ما ذكروه أنه من المصالح المرسلة، ولئلا يحصل قتال على ذلك - فهذا تجويز؛ إذ لو قلنا بالمجوز لأدى إلى منع كثير من الشرائع. (عامر). وقواه المفتي والشامي، كمثل من منع الأناث في الإرث من القبائل لجواز أنه يحصل قتل وغير ذلك، فتجويز ذلك لا يبطل ما قاله الشارع.

(*) يعني: الحاصل بعد التحجر، لا الحاصل فيه حال التحجر فهو الذي تقدم، حيث قال: «وله منعه وما حاز»، وهو الذي أجاب به عليه السلام حين سألته. (نجري)[١]. ومثله في الكواكب وحاشية السحولي. حيث كان مقصوداً[٢] بالتحجر، وسواء كان مما ينبته الناس أو لا[٣]. وأما ما كان ينبت بعد التحجر، وكان مما ينبت في العادة - فحكمه حكم موضعه، وما لا ينبت كلأ، وإن كان غير مقصود بالتحجر بل المقصود الأرض فهو كلأ، ولا فرق بين ما ينبت في العادة أو غيره.اهـ وظاهر الأزهار لا فرق، وأن ما كان موجوداً حال التحجر فقط صار حقاً له. ومثله في الكواكب وحاشية السحولي.

---

[١] لفظ النجري: والشجر النابت فيه أي: في المتحجر وفي غيره مما ينبت في العادة، وأما في المتحجر فظاهره سواء كان مما ينبت في العادة أم لا، وقد أجاب بذلك عليه السلام حين سألته.

[٢] أما ما كان موجوداً وقت التحجر فله المنع من أخذه، وله استرجاعه ولو لم يقصد بالتحجر. (إملاء سيدنا حسن رحمه الله) (قرير).

[٣] ولا يملكه الآخذ، وإذا أتلفه فلا قيمة له.

=

ينبَّت في العادة[١] **(كلأ[٢])** أي: لا يملكه صاحب الموضع، فمن اقتطعه ملكه **(ولو)** كان ذلك الموضع الذي ذلك الشجر فيه **(مسبلاً[٣])** فهكذا حكمه، هذا مذهب الهدوية.

(وقيل:[٤]) ليس كذلك، بل حكم النابت حكم المنبت، فالشجر **(فيه)** أي: في المتحجر **(حق)** صاحب الموضع أولى به **(وفي)** الموضع **(الملك ملك)** لصاحب الموضع **(وفي)** الموضع **(المسبل يتبعه)** فإن كان للمسجد فالشجر له، وإن كان لغيره فهو له حسب الحال **(وفي غيرها)** أي: في غير هذه الأشياء **(كلأ[٥])** فمن سبق إليه فهو أولى به، هذا[٦] مذهب المؤيد بالله.

(*) وإن أثم باستعمال الملك والحق، حيث لم يجر عرف بالرضا. (قرر).

(١) كالعرعر [ونحوه]. (حاشية سحولي). ينظر؛ لأنه مما ينبت في العادة.

(*) وأما ما ينبت فيتبع الأرض وفاقاً. (غيث، وتذكرة).

(٢) **فائدة**: قال الإمام يحيى وغيره: الاشتراك في النار حيث يضرم حطباً مباحاً، لا لو احتطب ثم أضرم فملك. وأما في الكلأ فقبل احتشاشه، فإن كان في ملك ففيه الخلاف. وأما في الماء فكما مر، يعني: من التفصيل والخلاف، كما سيأتي في كتاب الشركة. (شرح أثمار لفظاً).

(*) قال في بعض الحواشي: الكلأ خلقه الله تعالى بغير واسطة فعل، وأما ما خلق الله بواسطة فعل فهو ملك أو حق.اهـ وقال في الزهور: والكلأ قيل: الشجر الذي ينبت بغير إنبات، وهو لا ينبَّت في العادة. وقيل: الحشيش.

(٣) مثل محتطب القرية، ومرعاها، ومرافقها، وأصباب الأموال، فلهم المنع من الدخول فقط، لا إذا أخذه فليس لهم منعه، هذا الكلام لأهل المذهب، وأما قول المؤيد بالله فقال: الشجر يتبع الأرض في الملك، وفي الحق حق، وفي المسبل مسبل، وفي المباح مباح، وقواه المؤلف وغيره، وهو المنصور بالله عليه السلام.

(٤) المؤيد بالله، وقواه المؤلف، والمتوكل على الله، والمفتي لنفسه.

(*) ولعله يكون المذهب مثل قول المؤيد بالله حيث كان النابت مما ينبت في العادة وبذره مما يتسامح به، وإلا يتسامح به فالتفصيل[١]. (حاشية سحولي لفظاً) (قرر).

(٥) مهموز مقصور.

(٦) وبنى عليه في الأثمار.

---

[١] فإن كان بذره مما يتسامح به فحق للمتحجر، وإن كان مما لا يتسامح به فللمالك إن عرف، وإلا فلبيت المال. (قرر).

(باب المضاربة (١))

هي مشتقة من الضرب في الأرض، وهو السفر؛ لما كان لا يحصل المقصود في الغالب إلا بالسفر. وقيل في اشتقاقها غير ذلك(٢). ويدل عليها السنة والإجماع(٣)، أما السنة: فلأنه صلى الله عليه وآله وسلم بعث(٤) والناس يتعاملون بها فأقرهم.

وأما الإجماع: فقد أجمع على ذلك الصحابة(٥) ومن بعدهم.

---

(١) قالت الحنفية: هي وكالة، وبعد دفع المال أمانة، ومتى اتجر ولم يربح فبضاعة[١]، وإن ربح فشركة، وإن خالف فغرامة[٢]، وإن فسدت فإجارة. (تذكرة)[٣].

(*) ومنه قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ...﴾ الآية [النساء٢٩]. قال في المقاليد: إنما خص التجارة بالذكر لأن أسباب الرزق أكثرها متعلقة بها. قلت: في الحديث عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم: ((البركة عشرة أجزاء، تسعة في التجارة))، وعنه صلى الله عليه وآله وسلم: ((جعل الله تسعة أجزاء الرزق في التجارة، وعشره في الإجارة)). (ترجمان).

(*) وعليه قول الشاعر:

[بنيَّ تنحَّ عن ضراب الصوارم ... بأيدي كماة الناس قاطعة الضرب]
وضارب إذا ضاربت في نقد صرة ... تقلب في ربح ألذ من الضرب[٤]

(٢) قال في شرح الإبانة: هي مشتقة من الضرب في المال، وهو التصرف والتقلب فيه. وقال في الانتصار: إنها مشتقة من الضرب من حيث إن كل واحد منهما يضرب بنصيب من الربح. (غيث، وزهور). أو من الاضطراب في الربح؛ إذ قد يقل ويكثر. (حاشية سحولي).

(٣) ومن الكتاب قوله تعالى: ﴿يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾ [المزمل٢٠].

(٤) أي: تنبَّى.

(٥) وقد ضارب عثمان وابن مسعود [وغيرهما].

---

[١] أي: يرتجى الربح فيها.

[٢] أي: يضمنها.

[٣] ولفظ البحر: وهي عند العقد وكالة دائمة، وبعد الدفع أمانة، وبعد التصرف بضاعة، وبعد الربح شركة، فإن فسدت فإجارة، وإن خالف فغرامة.

[٤] وهو العسل المضروب.

[*] الضرب بفتح الراء، ذكره في الديوان، وقيل: المراد العسل العربي. [الطري (نخ)].

(فصل): [في شروط المضاربة]

(شروطها) ستة: الأول: **(الإيجاب بلفظها**[١]**)** نحو: ضاربت أو قارضت[٢] أو خذه مضاربة **(أو ما في حكمه)** وهو أن يأمره بالتصرف ليتقاسما في الربح. **(و)**من تمام الشرط الأول **(القبول)** وهو أن يقول: قبلت **(أو الامتثال)** [٣] نحو أن يشرع في العمل أو يقبض المال للعمل ولو **(على التراخي)** [٤] لأنه لا يشترط المجلس في قبولها، كالوكالة، ولا يضر التراخي **(ما لم يرد**[٥]**)** فإن رد لم يصح قبوله من بعد، إلا أن يعاد الإيجاب.

الشرط الثاني: أن يقع العقد **(بين)** شخصين[٦] في حال كونهما **(جائزي التصرف**[٧]**)** لا محجورين من صبي أو عبد[٨]، وأن يكون **(على مال من**

---

(١) ويصح من الأخرس ومن المصمت ومن تعذر عليه النطق - بالإشارة المفهمة. (قرر).

(٢) والقراض من القرض، وهو القطع؛ لقطع العامل جزءاً من المال، أو من المقارضة في الشعر، وهو المساواة في المدح والذم. (بحر). والقُراض لغة أهل الحجاز.

(*) بعد قول المضارَب: «ضاربني»، وإلا فلا بد من الكاف.

(٣) أو تقدم السؤال. (قرر).

(*) وهل يكفي الامتثال من المالك؟ لعله يكفي. (من شرح السيد محمد المفتي) (قرر).

(٤) يعود إلى القبول والامتثال. (قرر).

(٥) أو يرجع الموجب قبل القبول. (قرر).

(*) أو يمتنع؛ لأن الامتناع رد وزيادة، حيث جرى عرف أنه رد. (قرر).

(٦) بناءً على الأغلب، وإلا فهو يصح أن يتولى طرفيها واحد. (قرر).

(٧) أي: مطلقَي التصرف؛ ليدخل من حجر عليه الحاكم. (نجري معنى). والمحجور من الحاكم يصح أن يضارَب، ولا يصح أن يضارِب في ماله، بل تكون موقوفة على زوال الحجر. (قرر).

(٨) فإن كانا مأذونين صحت مضاربتهما.

(*) ولفظ البيان: **مسألة:** ومن ضارب عبداً أو صبياً غير مأذونين كانت فاسدة، فيصح =

أيهما[(١)] فيصح أن يضارب المسلم المسلم[(٢)]، والكافر الكافر[(٣)]، والكافر المسلم **(إلا)** أن يكون المال **(من مسلم لكافر**[(٤)]**)** لم يصح.

الشرط الثالث: أن يعقدا على مال **(معلوم**[(٥)]**)** تفصيلاً حال العقد، فلو كان

تصرفهما، ويكون الربح للمالك، ولهما أجرة المثل[١] ولو لم يحصل ربح؛ لأن الدخول في المضاربة كالإجارة الفاسدة. (بيان).

فـرع: وإذا تلف المال معهما فالصبي لا يضمن حيث كان المعطي له مالكاً لما أعطاه ومكلفاً ولو أتلف الصبي المال؛ لأنه سلطه عليه، وأما العبد فإن أتلف المال ضمنه [إذا كان بالغاً[٢]] في ذمته متى عتق، وإن تلف بغير فعل منه فكذا أيضاً؛ لأنه أجير مشترك. (بيان) (قرر). وهذا هنا في المضاربة، لا في الوديعة والعارية فلا ضمان. (غيث) (قرر).

(١) وأقله ما يجوز فيه الربح. (قرر).

(٢) قال الفقيه يحيى البحيبح: فإن اختلف مذهب المالك والعامل فلا يتصرف إلا فيما يستجيزانه جميعاً، بخلاف الوكيل المحض فيعمل بمذهب الموكل في الصحة والفساد، لا في الجواز والتحريم فلا يعمل إلا بما يجوز عندهما معاً. (كواكب معنى من الوكالة) (قرر).

(٣) من أهل ملته. (قرر).

(٤) للإجماع.

(*) لأن الذمي غير مؤتمن في تصرفه[٣]، بخلاف الفاسق فهو ولو كان غير مؤتمن فهو لا يستجيز التصرف في الخمر ونحوه، والذمي يستجيزه. (كواكب).

(*) ويجوز أن يكونا فاسقين أو أحدهما أو مختلفي المذهب، لكن لا يتصرف العامل إلا فيما يجوز عندهما معاً؛ لأنه وكيل وشريك. (بيان).

(*) فإن فعل كان أجيراً مشتركاً. (قرر).

(٥) وأن يكون مما يمكن حفظه والتصرف فيه، لا إن كان كثيراً لا يقدر عليه، ذكره في البحر. (بيان). ولعله حيث حجر عليه الاستنابة، وإلا صح. (شرح فتح).

(*) قبل التصرف، وإن جهل حال العقد. (شرح بحر) (قرر).

---

[١] ولا فرق بين أن يكون عادتهم العمل بالأجرة أم لا؛ لأنهما يستحقان الأجرة لمكان الشرط للربح. (قرر).

[٢] وإن كان صغيراً فكالصبي. (قرر).

[٣] ولا يقال: يصح ويحجر عليه؛ لأنه لا يؤتمن. (بستان).

مجهول القدر لم يصح[(١)].

الشرط الرابع: أن يعقدا على **(نقد[(٢)])** وقال في شرح الإبانة: تجوز المضاربة في سبائك الذهب والفضة إذا كان يتعامل بها. وهو قول مالك، واختاره في الانتصار.

وقال مالك ومحمد: يجوز في الفلوس[(٣)] إذا كانت نافقة يتعامل بها في التجارات. وليس من شرط النقد أن يكون فضة خالصة، بل أن يكون مما **(يتعامل به)** كالمظفرية[(٤)] ....

---

(١) لئلا يلتبس الربح برأس المال، إلا أن يعلم قبل التصرف. (بحر) (قرر).

(٢) وإنما لم تصح المضاربة في المثليّ غير النقد والقيميّ لأنها لو صحت في ذلك لوجب رد مثله عند الرد، وقد يكون غالياً فيستبد المالك بالربح، وقد يكون رخيصاً فيشاركه العامل في رأس المال. (كواكب)[١]. مثال ذلك: أن يدفع رب المال عشرين زَبَدِيّاً فيضاربه فيها، فباعها العامل بمائتين، وتصرف حتى صار المال ثلاثمائة، ثم تفاسخا، فإنه إذا كان لا يجد مثل رأس المال إلا بثلاثمائة درهم فإنه يؤدي إلى أن يستبد رب المال بالربح، وإن كان مما يجده بمائة أو بدون المائتين أدى إلى أن يشارك العامل رب المال في رأس المال. (صعيتري).

(*) ولو من أجناس وأنواع. (حاشية سحولي).

(٣) حجتنا أنها كالعروض؛ لأنها تقوم بالدراهم والدنانير كما تقوم العروض بها. وحجتهم أن الناس يتعاملون بها كالنقود. قلنا: التعامل بها لا يخرجها عن كونها قيمية. (بستان) و(قرر).

(*) وقد تقدم في قوله: «والفلوس كالنقدين» أنها تخالف النقدين في خمسة أشياء، منها: الشركة والمضاربة. ومنها: أنه يجب استفداؤها. ومنها: أنه لا يصح التصرف فيها قبل القبض لو اشتراها، ولا يملك ما اشترى بها، أي: بالفلوس المغصوبة، بخلاف النقدين.

(٤) وأما الدراهم هذه الصنعانية[٢] فأجاب عليّ إمامنا بجوازها، والله أعلم، ولم يذكرها في شرحه، ويحتمل أنها كالفلوس. والعروض لا تصح فيها عند أهل المذهب، قال أبو جعفر: وهو إجماع أهل البيت. (نجري).

---

[١] قيل: وهذه العلة يلزم مثلها في النقد إذا كان رأس المال قروشاً فغليت ثم رخصت. يقال: النقود وإن اختلفت أثمانها فهو نادر، فلم يكن لزيادة السعر ونقصانه أثر، والأحكام تعلق بالغالب لا بالنادر. (شامي) (قرر).

[٢] نصفها غش.

=

والكاملية[١]، وهكذا اختار في الانتصار أنه يجوز في المغشوشة إذا قل الغش[٢]؛ لأن الدراهم لا تسلم من ذلك في الغالب. وكذا عن أبي حنيفة. وعن الشافعي: لا يصح في المغشوشة وإن قل.

ومن حق المال أن يعقدا على **(حاضر)** في مجلس عقدها[٣] **(أو في حكمه)** والذي في حكمه نحو: أن يعقدا المضاربة ثم يعطيه عرضاً[٤] يأمره ببيعه ويجعل ثمنه مالها[٥]، ولو تراخى ذلك ولم يفعله في المجلس، ويصح أيضاً أن يأمره ببيع العروض ثم يضارب[٦] نفسه في ثمنها.

(*) المظفرية الذي نصفها غش، والكاملية الذي ثلثها غش.

(١) منسوبة إلى أسعد الكامل.

(٢) بل ولو كثر إذا كان يتعامل بها ولا تختلف. (قرر).

(٣) وقبضه في المجلس. (سماع سحولي). وظاهر الأزهار عدم اشتراط القبض في المجلس. (قرر).

(٤) وقبضه في المجلس.اهـ وظاهر الأزهار لا يشترط. (قرر).

(*) وصورته: ضاربتك في مائة درهم مثلاً، ثم يعطيه عرضاً كما ذكر. (غشم) (قرر).

(٥) ولو لم يبين قدر الثمن؛ لأن الوكالة بالبيع تصح ولو من غير ذكر قدر الثمن، فإذا صحت الوكالة صحت المضاربة.اهـ فيقول: ضاربتك في ثمن هذا، ولا يضر جهل الثمن؛ لأن التفاوت يقل، بخلاف ما لو أمره يستدين لمال المضاربة. (كواكب). لأن الجهالة كلية.اهـ ولفظ الكواكب: وذلك نحو أن يقول: ضاربتك في ثمن هذا متى بعته. وكذا لو قال: متى بعته فقد ضاربتك في ثمنه. أو يقول: متى بعته ضاربت نفسك في ثمنه، ولا يشترط بيان قدر الثمن هنا، بخلاف ما إذا أمره يستدين مال المضاربة من الغير فلا بد من بيان قدره؛ لأن الجهالة في الثمن تقل، وفي الدين تكثر. (باللفظ).

(٦) وهل يصح أن يضاربه في دين عليه له؟ الظاهر الصحة؛ لأن ما في الذمة كالحاضر.اهـ ولفظ البيان: **مسألة**: ولا يصح أن يضاربه في دين عليه له إلا بعد أن يقبضه منه ثم يدفعه إليه مضاربة، أو يأمره يقبضه له من نفسه ثم يضارب نفسه، أو يقول: قد ضاربتك فيه متى قبضته لي [من نفسك]. (بيان) (قرر).

فرع: وإذا ضاربه في الدين الذي عليه له من غير قبض فهي فاسدة [فساداً أصلياً. (قرر).]

=

(و)الشرط الخامس: هو أن يبينا **(تفصيل كيفية الربح**(١)**)** بينهما، كنصفين، أو مثل ما شرط فلان لعامله(٢) ولو جهلا في الحال، كالمرابحة(٣)، ولا يكفي أن

فإذا اشترى شيئاً ونواه للمضاربة كان للآمر، فيلحقه ربحه وخسرانه، وللعامل أجرة مثله، وهو ضامن؛ لأنه أجير مشترك، ويبرأ من الدين الذي كان عليه للآمر؛ لأنه يستحق الرجوع عليه بالثمن، فيقع قصاصاً[١] بالدين إذا وافقه في الجنس والنوع والصفة، خلاف أبي حنيفة في ذلك كله. (بيان).

(١) فإن قال: على أن يكون الربح كله لي صح، وكان العامل متبرعاً[٢]. وإن قال: على أن يكون كله لك فقال في مهذب الشافعي والكافي: يكون قرضاً. وقال في الانتصار: تفسد. (بيان). وهو المختار؛ لأنه رفع موجبه.اهـ ولفظ حاشية السحولي: وتكون وديعة تصرف، ويستحق أجرة المثل إن شرطها أو اعتادها.

(*) وإذا لم يبينا كيفية الربح بينهما فسدت، وكان الربح لرب المال. (بيان) (قرير). وعليه للعامل أجرة المثل.

(٢) ولا تقبل فيه شهادة فلان وعامله؛ لأنها على فعلهما. (بيان) (قرير).

(٣) هذا يوهم أنهما إذا جهلا في المرابحة أنها تصح إذا علما في الوقت الثاني، وقد تقدم أنه لا يصح إذا جهلا معاً أو البائع، ويوهم أيضاً أن خلاف المرابحة يأتي هنا إذا باع قيمياً برأس ماله ولم يبين. قال سيدنا: ولعل مسألة المضاربة تصح وفاقاً بين السادة؛ لأن المضاربة تقبل من الجهالة ما لا يقبل البيع. (رياض).

(*) ولا بد أن يعلم ما شرط فلان لعامله قبل التصرف، وقيل: لا يشترط ذلك إلا وقت القسمة. (زنين) و(قرير).

(*) وإذا عقداها على شرط في الربح بينهما، ثم تراضيا من بعد على زيادة فيه أو نقصان صح[٣]، خلاف الشافعي. (بيان). فلا يصح عنده إلا بتجديد عقد ثان. (برهان).

---

[١] وذلك لأن المشتري قد صار وكيلاً للآمر، فما لزمه من الثمن استحقه على الموكل، فيقاص ما عليه له من الدين. (بستان).

[٢] وذلك لأنه قد رضي بالتبرع. قال عليه السلام: والمختار أنها تفسد، ويستحق العامل أجرة المثل؛ لأن المضاربة تقتضي العوض على العمل. (بستان بلفظه). وهو ظاهر الأزهار في قوله: «ورفض كل شرط يخالف موجبها» إلخ.

[٣] ذهب في البيان على الصحة، وذكره أيضاً في التاج، فينظر.

يقول: والربح بيننا(١).

وقال أبو حنيفة: يكفي(٢) وتصح المضاربة(٣). واختاره في الانتصار.

وعن الفقيه يحيى البحيبح: أن هذا إذا لم يكن ثم عرف(٤)؛ إذ لو كان ثم عرف أنه بينهما نصفين أو أثلاثاً صح.

(و)الشرط السادس: **(رفض(٥) كل شرط يخالف موجبها(٦))** نحو أن يشرط دينار(٧) من الربح لأحدهما(٨)، وكذا لو شرط أن يأكل من المال في غير

---

(١) أو لي ولك.

(٢) ويكون الربح بينهما نصفين.

(٣) كما في الوصايا.

(٤) وكان لا يختلف. (قرير). أو يختلف وفيها غالب. (قرير).

(٥) أي: ترك، فإن ذكر أفسد وإن رفض من بعد العقد. (شامي). ومثله في الغيث.

(٦) قال في البحر: ولو قال: على أن لي من الربح كذا، ولم يذكر ما للعامل فوجهان: تصح؛ إذ هو كالمبين. الإمام يحيى: تفسد؛ إذ لا يملك العامل شيئاً إلا بشرط. وفي العكس احتمالان، الإمام يحيى: أصحهما تصح[١]؛ إذ قد بين ما للعامل، ولا يضر سكوته عما له؛ إذ له كله إلا ما خصصه. (بحر بلفظه).

(٧) في نسخة: يشرطا، وفي الغيث: يشرط دينار.

(٨) لأنه يجوز أن لا يحصل إلا ذلك القدر فينفرد به، إلا أن يقول المالك: ما زاد من الربح على كذا فلي كذا. (بيان[٢]).

(*) ثم يقتسمان الباقي، فتفسد. (هامش بيان).

(*) قال في الشرح: ووجه الفساد أن ذلك يؤدي إلى أن يستبد أحدهما بالربح، وهو خلاف ما يقتضيه عقدها. (زهور).

---

[١] ينظر؛ فقد قال في شرح الأزهار: نحو أن يشرط ديناراً من الربح لأحدهما، وهو يخالف ما ذكر. (سماع سيدي حسين رحمه الله) [(سيدنا حسن (نخ)].

[٢] لفظ البيان: إلا أن يقول: إذا كان الربح أكثر من ذلك القدر أو يقول: لي ما زاد من الربح على كذا، أو لي دينار مما زاد من الربح على كذا – فإنه يصح.

السفر، أو أن الوضيعة[(١)] عليهما، أو شرط نفقة عبد[(٢)] للعامل[(٣)] لا يعمل، أو يقول: على أن لا تبيع إلا من فلان[(٤)].

قال الفقيه حسن: وكذا لو قال: على أن لي النصف ونصفاً مما يحصل لك فإنها تفسد[(٥)].

وقال الفقيه محمد بن سليمان[(٦)]: بل تصح، ولا يزال يقاسمه حتى ينتهي الباقي إلى حال لو قسم لم يكن لنصفه قيمة.

وقال الفقيه يوسف: بل تصح[(٧)] وتكون أرباعاً.

---

(١) يعني: الخسر.اهـ لأن من موجبها أن لا خسر على العامل. (بستان).

(٢) أو حر.

(٣) أو لغيره.

(٤) لجواز أن يمتنع الفلان أو يموت فيبقى مالها عروضاً. (بيان).

(٥) مع عدم العرف. (قرير).

(*) هذا إذا كان مقارناً للعقد، وإن لم يقارن بل تأخر لم يفسد. (حثيث). ولقائل أن يقول: ذلك في العقود اللازمة، فأما هذه فهي من العقود الجائزة[١]، فيلحق المفسد بها. (شامي) و(قرير).

(٦) محمد بن يحيى. (نخ).

(٧) مع العرف [أو تصادقا بقصده. (قرير)].

---

[١] ومعنى كونها جائزة: أن لكل منهما الفسخ متى شاء كما يأتي. (بحر معنى).

(فصل): في أحكام تتعلق بالعقد

(و)هو أنه **(يدخلها التعليق**[١]**)** نحو: إذا جاء رأس الشهر فقد ضاربتك **(والتوقيت)** نحو: ضاربتك في هذا المال سنة، فبعدها يبيع ما معه[٢] من السلع ولا يشتري **(والحجر**[٣]**)** للعامل **(عما شاء المالك)** نحو أن يقول: لا تتجر في الجنس الفلاني، أو لا تشتر من فلان، أو لا تتجر[٤] بعد سنة، أو بعد الخسر، أو لا تسافر، أو لا تبع بنسأ، أو في بلد كذا[٥]، أو لا تتجر إلا في جسن كذا- فإنه يصح هذا الحجر ولا يمنع من صحتها[٦].

---

(١) إذ هي وكالة فتدخلها أحكامها.

(*) نحو: إذا جاء رأس الشهر ..إلخ، ويعتبر قبض المال عند حصول الشرط. (قرير).

(*) ولو مجهولاً، نحو: إذا جاء زيد. (قرير). هذا شرط؛ لأنه يسمى المشكوك بحصوله شرطاً، والمقطوع بحصوله تعليقاً. (نجري).

(٢) بولاية، حيث فيه ربح، وإلا لم يلزمه البيع. (قرير). لأن عزله بانقضاء الوقت كعزله بموت المالك. (قرير).

(٣) حال العقد، أو بعده قبل التصرف.اهـ وأما بعد التصرف فإنه يكون عزلاً على ما سيأتي.اهـ وعن عامر: أين ما كان له العزل[١] كان له الحجر.

(*) فإن شرط عليه أن لا يبيع بعد سنة أو بعد الخسر فسدت. (بيان) (قرير).

(٤) أي: لا تشتر.

(٥) فلو قال: لا تتجر إلا في بلد كذا، وكانت المدة قليلة بحيث تمضي قبل وصول المكان المعين فسدت، ذكره المؤلف.

(٦) وإن أمره بالبيع بألف فباع بألف ومائة صح ذلك، وكذا من الوكيل بالبيع، فإن باع بألف وعَرْض صح منه؛ لأنه مأمور بما فيه صلاح[٢]، لا من الوكيل؛ لأنه خالف في جنس الثمن. (بيان) (قرير).

---

[١] وذلك قبل التصرف، أو بعده قبل حصول الربح. (قرير).

[٢] ولأن له أن يبيع بالعروض. (زهور) (قرير).

(غالباً) احترازاً من صورتين[١]: إحداهما: أن يقول: لا تبع إلا من فلان[٢]، فإن هذا الحجر يفسدها[٣]؛ لأنه يخالف موجبها.

الثانية: إذا قال: «لا تبع إلا بنسأ» فإن له أن يبيع بالنقد[٤] ولا يلزمه الحجر **(فيمتثل العامل، وإلا)** يمتثل بل خالفه فيما حجر عليه أثم و**(ضمن التالف)** فإن سلم المال لم ينعزل إن خالف فيما هو حفظ، كالسفر والنسيئة والمكان كما سيأتي[٥]، وإن خالف في التجارة كشراء ما نهي عنه، أو ممن نهي عنه، أو بعد أن خسر وقد نهاه- فإنه ينعزل[٦]، فإن أجاز المالك تصرفه بعد ذلك صح إن أضاف الشراء إلى المالك لفظاً أو نية، ثم إن لم يربح..........................

---

(١) وصورة ثالثة يحترز منها، نحو: أن يقول: لا تبع إلا في الصين، ومدة المضاربة يسيرة لا يمكن بقاؤها بعد وصول ذلك الموضع. (وابل معنى).

(٢) لجواز أن يمتنع أو يموت أو يغيب فيبقى مالها عروضاً، بخلاف ما إذا قال: على أنك لا تشتري إلا من فلان [فلا يفسدها] فهو يبقى المال نقداً إذا تعذر الشراء منه. (كواكب).

(٣) هذا فساد أصلي.

(٤) يعني: حيث أمره بالبيع نسيئة بقيمته نقداً، فأما لو كان بأكثر فقد أمر بالباطل، فلا يصح بيعه بالنقد؛ لأنه صحيح. (كواكب).

(*) ما لم يخالف غرضه. (سماع). كما سيأتي في الوكالة. (قرير).

(٥) في قوله: «والمخالفة في الحفظ إن سلم».

(٦) في تلك الصفقة فقط. (شرح بهران). وهي موافقة لما يأتي في الغبن. أما حيث قال: لا تتجر بعد الخسر أو نحو ذلك فالظاهر العموم. (قرير).

(*) والفرق بين المخالفة في الحفظ والتجارة[١] أن في باب الحفظ لم يعزله عن التصرف، ولكنه أمره بالبيع مع الحفظ، بخلاف التجارة فإنه قد عزله عن التصرف فيما نهاه عن التصرف فيه. (شرح مذاكرة).

(*) بعد دفع مال المضاربة عيناً كما شراه.

---

[١] كشراء الحيوان، أو الشراء بعد الخسر، أو الشراء من شخص معين. (بيان بلفظه).

فلا شيء له(١)، وإن ربح فله الأقل من المسمى(٢) وأجرة المثل(٣)؛ لأنه فساد طارئ(٤). وإن لم يجز المالك فإن أضاف إليه باللفظ رد المبيع على البائع(٥)، وكذا إذا أضاف بالنية وصادقه(٦) البائع، فإن لم يصادقه لزم العامل وتصدق بالربح(٧).

قال أبو مضر: يلزمه(٨) ظاهراً(٩) ....

(١) لئلا يكون حاله مع المخالفة خيراً له من حاله مع الموافقة[١].

(*) لأنه فساد طارئ.

(٢) وهو حصته من الربح. (قرير).

(٣) لأنه فعل ذلك للعوض لا تبرعاً.

(٤) لكنه كان يلزم من هذا أن لا ينقص من أجرة المثل. وقيل: إنه هنا لما أجاز المالك فكأنه رفع الحجر من أصله، فكأن التصرف كان بالإذن.

(٥) لأنه فساد أصلي.

(٦) أو علم الحاكم أو البينة. (قرير). وتكون البينة على إقرار البائع. (قرير).

(٧)كالغاصب. (بيان).

(*)لأنه ملكه من وجه محظور.

(٨) أي: المبيع.

(٩) ولا يتصرف فيه إلا بإذن الحاكم[٢] على قول أبي مضر. اهـ ويرد زائد القيمة إن كان فيها زيادة، يعني: يردها للبائع، يعني: يبيعه عن البائع ويسلم له قدر حقه، أو يسلمه الحاكم إليه عوضاً عن حقه[٣]. (عامر).

---

[١] وذلك لأنها لو كانت صحيحة لم يستحق شيئاً مع عدم الربح. (هامش بيان).

[*] قال الصعيتري: وجه ما قلنا أنه قد رضي بعدم الأجرة مع عدم المخالفة فبالأولى مع المخالفة؛ لئلا يكون يكون حاله مع المخالفة أحسن من حاله مع الموافقة. لكنه يقال: إذا خالف [فهو] غير مأمور، فما وجه استحقاق الأجرة حيث به ربح وهو متبرع بالعمل؟ قيل: والجواب: أن العامل لم يخالف في جميع ما أمر به. وفي الوافي: أنه صير نفسه أجيراً مشتركاً للمالك، والمالك أجاز البيع والإجارة جميعاً. وفيه نظر؛ لأنه كان يلزم من هذا أن يستحق أجرة المثل ولو لم يكن ثم ربح. وقيل: إن المالك لما أجاز كأنه رفع الحجر. وفيه نظر؛ لأنه كان يلزم أن يستحق المسمى ولو زاد على أجرة المثل.

[٢] إن كان، وإلا جاز. اهـ قيل: إن تعذر من صلح.

[*] وذكر في البيان أنه قد أباحه له يفعل به ما شاء. المقرر خلاف كلام البيان؛ ولذا قال المفتي رحمه الله: قلت: هو راد لهذه الإباحة، والبائع ينكر ملك نفسه، فلا حكم للإباحة منه. (من خط المفتي رحمه الله).

[٣] ويقال: ما حكم الزائد والناقص من الثمن؟ يقال: الزائد للبائع، والناقص يبقى في ذمته. (عامر) (قرير).

=

لا باطناً(١)؛ لأنه أضاف بالنية(٢).

وقال الفقيه يحيى البحيبح(٣): بل ظاهراً وباطناً، ولا حكم لإضافته. وهذا إذا شراه بعين مال المضاربة(٤)، فأما لو شراه بغيره(٥) كان الربح له ولو دفع مال المضاربة. قال الفقيه علي: وإذا(٦) لم يجز المالك فهما على أصل المضاربة ما لم يسلم المال(٧) إلى البائع، فإن سلمه ثم استرده(٨) جاء الخلاف الذي في

(*) وقواه عامر والمفتي.

(١) فهو لبائعه، لكن قد أباحه له البائع يفعل فيه ما شاء. (بيان بلفظه).

(٢) وتظهر الفائدة لو صادق البائع المشتري أنه اشتراه لرب المال بالنية، فعلى قول أبي مضر يلزم البائع رد الثمن واسترجاع المبيع. وعلى قول الفقيه يحيى البحيبح لا يلزمه ذلك. (ديباج). [وقد نظره في الرياض[١]. وفائدة الخلاف لو كانت المبيعة أمة، فمن قال: ظاهراً لا باطناً -وهو أبو مضر- لم يجز الوطء. ومن قال: ظاهراً وباطنا -وهو الفقيه يحيى البحيبح- جاز له وطؤها].

(٣) وقد تقدم للفقيه يحيى البحيبح في البيان في البيع في طلب الإقالة حيث جهل حكم طلب الإقالة أنه يبطل خياره ظاهراً فقط، فينظر في تحقيق ذلك، وكلامه في البيع الموقوف مثل هنا فينظر.

(٤) وكان نقداً، وإلا لم يكن للعامل، بل يبقى موقوفاً على إجازة المالك ولو شراه لنفسه[٢]. (فتح) و(قرير).

(*) وكان مما لا يتعين؛ إذ لو كان مما يتعين لم يصح إلا بإجازة المالك، ولو لنفسه. (قرير).

(٥) يعني: إلى ذمته.

(٦) يعود إلى قوله: «فإن أجاز المالك تصرفه».

(٧) يعني: الثمن.

(٨) حيث استرده، وإلا فهو لا يجب على الغاصب ارتجاع النقد، كما يأتي، بل يغرم مثله؛ لأنها لا تعين إلا ما دامت في يد الغاصب. (سيدنا علي بن أحمد رحمه الله).

---

[١] لأنه لو صادق بالنية انفسخ. (هامش كواكب).

[٢] فتلحقه الإجازة؛ لأنه بائع كما سيأتي عن عامر في الغصب معلقاً على قوله: «ويملك ما اشترى بها أو بثمنها نقدين».

الوديعة هل تعود يده يد أمانة فيعود مضارباً أو لا فلا يعود مضارباً(١).

(و)اعلم أن العامل إذا أطلقت له المضاربة ولم يذكر فيها حجر ولا تفويض جاز **(له في مطلقها كل تصرف إلا الخلط**(٢) **والمضاربة**(٣) **والقرض**(٤) **والسفتجة**(٥)**)** فعلى هذا له أن يبيع بنسأ مدة معتادة من وَفِيّ، وأن يسافر سفراً

---

(١) كما سيأتي.

(*) وقيل: يعود مضارباً.

(٢) ووجهه: أن الخلط ضرب من الاستهلاك، وإذا خلطه بملكه فقد استهلكه؛ فوجب أن يضمنه. (دواري).

(*) **مسألة**: وإذا خلط مالها بمال آخر حيث يجوز له[١] قسم الربح بين المالين على قدرهما، فما يختص مالها يكون بينه وبين المالك على ما شرطاه. (بيان) (*قرير*).

(٣) ووجهه: أنه تسليط الغير على مال الغير من غير أمر فلم يجز. (وابل).

(٤) والوجه في القرض أنه ليس من جملة التجارة، فالأمر بالتصرف بالتجارة[٢] لا يشتمل عليه. (إيضاح [مصباح. (نخ)]).

(*) إلا أن يخاف من ظالم وجب عليه، فإن لم يفعل ضمن مع التمكن. (*قرير*).

(٥) قلت: وينظر فيما سلمه على هذا الوجه ما يكون حكمه: هل معاطاة أو قرض؟ قلت: يكون من باب المعاطاة. (مفتي). وظاهر الكتاب أنه داخل في المضاربة، وأنه من مالها.

(*) يقال: القرض والسفتجة شيء واحد. يقال: هذا من عطف الخاص على العام فلا اعتراض. (إملاء شامي).

(*) حيث تكون في صورة القرض، نحو أن يقرض شيئاً من مالها ثم يكتب إلى المستقرض أن يقضيه بدله في بلد أخرى، فلا يجوز له ذلك؛ لكونه قرضاً. فأما لو أودعه شيئاً من مالها ثم كتب إلى الوديع أن يعطيه[٣] بدله عنه في بلد أخرى فذلك جائز مطلقاً. (شرح أثمار، وبيان).

---

[١] مع التفويض. (*قرير*).

[٢] ما لم يكن قرضه لمصلحة. (*قرير*).

[٣] ولعله مع الإذن بالقرض، وإلا كان كقوله: «والقرض».

معتاداً، ويشتري ما رآه مصلحة، ويستأجر معه أجراء للتجارة والإعانة، ويودع، ويوكل[1]، ويرهن، ويرتهن.

وقال الشافعي: لا يبيع بنسأ مع الإطلاق، ولا يسافر إلا بإذن.

(فإن فوض[2]) العامل، نحو أن يقول رب المال: اعمل برأيك، أو قد فوضتك فيه **(جاز)** له الحكمان **(الأولان[3])** وهما الخلط والمضاربة. وقال الشافعي: لا يجوز له الخلط وإن فوض.

(و)إذا فوض العامل فدفع المال إلى آخر مضاربة صح ذلك و**(إن شارك)** هذا العاملُ الأولُ العاملَ **(الثانيَ في الربح[4])** لم يضر، نحو أن يدفع المال على أن يكون نصف الربح لرب المال والنصف الآخر بينهما نصفين.

وقال أصحاب الشافعي: لا يجوز له ذلك؛ لأن العامل الأول يأخذ ربعاً من غير مقابلة مال ولا عمل.

قال القاضي زيد: لا يسلم هذا، بل له عمل[5]، وهو عقد المضاربة مع الثاني.

---

(١) قد تقدم في الزكاة أن المضارَب لا يوكل، وقد فرق بأن هنا وكيل وشريك. وقيل: الفارق العرف.

(٢) أو جرى عرف بهما جاز. (زهور).

(٣) وإنما جاز الأولان لا الآخران لأن الخلط والمضاربة نوع من التصرف الذي يجلب الفائدة، فيدخلان في التفويض، بخلاف القرض والسفتجة ففيهما تعريض للخطر[1] من غير فائدة مرجوة، فلم يكفِ في الإذن بهما التفويضُ، ما لم يعينهما بالإذن. (غيث).

(*) ما لم يكن المال قد زاد أو نقص. (قرير).

(٤) فإن شرط للثاني أكثر من الأول، نحو أن يشترط له ثلثين، ولم يشرط الأول إلا نصفاً - ضمن[2] سدساً. (غيث). ومثله في البيان. (قرير).

(٥) وقبض الربح وتسليمه للمالك. (قرير).

---

[١] ولأنهما[٠] إخراج المال عن طلب الربح فيه، وذلك يخالف المقصود بالمضاربة. (بستان).

[٠] في البستان: ولأنه.اهـ أي: القرض.

[٢] للمالك (بيان) (قرير).

=

(لا الآخران[(١)]) وهما: القرض والسفتجة، فلا يجوزان له[(٢)] وإن فوض ما لم يعينهما بالإذن **(إلا لعرف[(٣)])** بأن التفويض يدخل تحته القرض ونحوه جاز ذلك.

(*) لكن ليس لمثله أجرة فتفسد.اهـ قيل: هذا في الفاسدة، لا في الصحيحة فقد ملك الأجرة بنفس العقد، فيصح عقده. (قرير).

(١) وهو يقال: يؤخذ من هذا أن الوكيل إذا فوض لم يتناول التفويض إلا ما كان يقتضيه العرف، فليس له أن يطلق أو يعتق أو نحو ذلك. (حاشية سحولي لفظاً). يقال: لا مأخذ فيه؛ إذ التفويض في الوكالة أعم، وهنا يحمل التفويض على الوجه الذي لا يبطل معه الربح؛ إذ عقدها يقتضي ذلك.

(٢) فإن فعل كان غاصباً لمالها. (بيان[١]).

(٣) وكذا لو جرى عرف بهما وإن لم يكن ثم تفويض جاز أيضاً. ومثله في الفتح.اهـ ولفظ الفتح: إلا السفتجة والقرض بغير إذن أو عرف، فأما لو أذن له بهما أو جرى عرف كان له ذلك.

(*) والعبرة بعرف العامل، فإن لم يكن فعرف الجهة.

(*) فيكون عرف المضارب إن كان من أهل التجارة، وإن لم يكن فعرف جهته.

---

[١] هذا في البيان في الخلط والمضاربة إذا لم يفوض.

(فصل): في حكم المؤن التي يحتاج إليها في المضاربة

(و)اعلم أن **(مؤن المال)** من كراء وعلف بهيمة(١) وأجرة دلال وغير ذلك فهذه **(كلها)** تكون **(من ربحه**(٢)**، ثم)** إذا لم يكن ثم ربح كانت **(من رأسه)**.
قال الفقيه علي: ولو أدى إلى استغراق المال(٣) جاز ذلك.
(وكذا مؤن(٤) **العامل وخادمه**(٥)**)** تكون من الربح أيضاً ....

---

(١) أو نفقة عبد، أو جُباء، أو ما يهدى للأمراء أو نحوه فيما يصلح المال. (قرير).

(٢) أو فوائده كالصوف والنتاج وغيرهما. (بحر، ووابل). وينظر لو جُني على مال المضاربة لمن يكون الأرش، وهل يفترق الحال بين نقص القيمة أم لا؟ القياس أنه إن نقص من القيمة فللمالك، وإن لم فمن الفوائد. (سماع الفقيه حسن). وقيل: إن الأرش من الفوائد الأصلية. (سحولي). يقال: القياس أنها للمالك مطلقاً؛ لأنها جبر لجزء نقص من العين، والأمر في ذلك واضح. (شامي).

(*) وفوائده الأصلية والفرعية من الربح. (بيان، وبحر).

(*) الحاصل بعد التصرف أو قبله. (قرير). أي: قبل لزوم الغرامات وبعدها.

(٣) أو زاد. (قرير). ويرجع على المالك. [إذا نوى الرجوع. (قرير)].

(٤) صوابه: وأما مؤمن العامل وخادمه فمن الربح.

(*) **فرع**: وأما الفضلات كالحجامة، والأدوية، والنكاح وإن اضطر إليه والتفكه[١] والولائم- فمن ماله؛ إذ لا مصلحة للتجارة فيها. فإن مات لم يجهز منها. (بحر). إلا لعرف أو عادة. (قرير).

(*) وكذا هدايا الأمراء إن صلحت بها التجارة. (بحر).

(٥) إذا كان ممن لا يخدم نفسه. (تذكرة، وبيان). ويصح شرط عدم الإنفاق للعامل. (كواكب). وفي البحر: يستنفق ويلغو الشرط. وفي البيان: يصح الشرط، لكن له الرجوع في وجه المالك فيما يستقبل. (بيان). قيل: إلا أن يكون هذا الشرط في مقابلة زيادة زيدت له في الربح لم يصح الرجوع. (كواكب) (قرير).

---

[١] بأنواع الحلاوات والبقول فمن ماله.

=

بشروط(١) أربعة: الأول: أن تكون هذه المؤن هي **(المعتادة(٢))** من طعام وشراب وكسوة ومركوب(٣)، فإن لم تكن له عادة فعادة مثله(٤).

الشرط الثاني: أن يكون ذلك **(في السفر فقط(٥))** فإن كان مقيماً ....

(*) **فـرع**: فإذا حمل مالها على دوابه أو اتجر في حوانيته، فإن كان شرط على المالك أجرتها صح، وإن شرط المالك عليه عدمها صح، ولكن له الرجوع عن الشرط فيما يستقبل[١] لا فيما مضى، ولا حيث زيد له في الربح لأجل الشرط فلا رجوع[٢]. وإن لم يقع شرط في ذلك رجع إلى عادته في دوابه وفي حوانيته: إن كان يعتاد أخذ الأجرة فيها وجبت له إذا نوى الرجوع[٣] بها، وإن كان يعتاد عدمها لم تجب له، وإن لم يكن له عادة فيها أو اختلفت ولا غالب [أو التبس] لم تجب. (بيان) (قرر).

(*) ظاهر العبارة يوهم أن مؤن العامل من ربحه ثم من رأسه، وليس كذلك، وقد رفع هذا الوهم بقوله فيما سيأتي: «ولم يجوز استغراق الربح». (حاشية سحولي).

(١) وعليه ما جرت به عادة مثله. (هداية). من نشر، وطي، وحمل ما خف. (شرح هداية). يعني: يجب على العامل أن يعمل بيده ما جرت العادة أنه يعمله، فإن استأجر على ذلك كانت الأجرة من ماله، وما جرى العرف بأنه يستأجر عليه كانت الأجرة من المال، فإن عمل بنفسه كان متبرعاً، ذكره في مهذب الشافعي والانتصار. (ضياء ذوي الأبصار).

(٢) فإن فضل شيء من نفقته رده بعد وصوله مصره، ومنه الكسوة. (تذكرة، وبحر معنى) (قرر).

(*) لا النادرة من الحجامة والدواء وغيرهما. (بحر).

(٣) ومسكن.

(٤) في مثل ذلك المال[٤]، فما زاد على المعتاد فعلى العامل، لا على رب المال. (كواكب).

(٥) بريداً. وقيل: الخروج من الميل. (قرر). [إذا كان عازماً بريداً. (قرر)].

(*) **فرع**: فلو فسخاها ومالها دين على الغير فعليه أن يقتضيه، ويستنفق منه[٥]، وإن لم يقتضه ضمنه لمالكه. (بيان).

---

[١] في وجه المالك، أو علمه بكتاب أو رسول. (قرر).

[٢] وظاهره أنه قد لزم فينظر، ولعله يكون كالإجارة في الدور ونحوها. (شامي).

[٣] وكذا حيث لا نية؛ إذ قد لزمت لأجل العادة. (قرر).

[٤] في ذلك البلد. (بيان).

[٥] يعني: في مدة المطالبة. كما في انقضاء وقت المؤقتة، حيث انقضى الوقت ومالها عروض.

=

في مصره[١] لم يجز له الاستنفاق من مال المضاربة، بل من خاصة ماله.

قال في الشرح: لا خلاف في هذا؛ لأن إقامته في مصره ليس لأجل المال.

قال الفقيه يحيى البحيبح[٢]: فعلى هذا التعليل لو كانت إقامته لأجل المال بحيث لولاه لخرج كان له أن ينفق على نفسه[٣].

الشرط الثالث: أن يكون سفره للاشتغال بمال المضاربة.

قال عليه السلام: ومن ثم قلنا: **(مهما اشتغل بها[٤])** فإن كان المقصود غيرها، نحو أن يكون مقصوده الحج فإنه لا يستنفق منها[٥]، فإن كان المقصود في السفر مال المضاربة وغيرها[٦] فإنه يقسط على حساب ذلك[٧].

(*) **فرع**: وإذا تفاسخا في السفر فلا نفقة في الرجوع في الأصح، كما لو مات لم يجهز منه. (بحر). ويرد ما فضل من مؤنه بعد رجوعه؛ إذ ارتفع سبب استحقاقه. (بحر بلفظه) (قرر).

(*) إذا كان عازماً بريداً. (قرر).

(١) فإن أقام في السفر استنفق منها مهما اشتغل بها. (بحر).

(٢) وقواه في الوابل والمفتي والجربي والذماري وحثيث.

(٣) والمذهب خلافه.

(*) قلت: لأنه حبس لأجلها. (مفتي).

(٤) حفظاً وتصرفاً أو أحدهما. (قرر).

(٥) صوابه: منه.

(*) ولفظ التذكرة: وإن سافر لها وللحج وهو المقصود فلا شيء منها حتى يشتغل بها، فإن كانت هي المقصودة فمنها حتى يشتغل به، ويرد فاضل نفقاته متى عاد مصره. (تذكرة لفظا) و(قرر).

(٦) كتجارة ثانية له أو لغيره. (بيان) (قرر).

(٧) يعني: على حساب أجرة حاج ومال مضاربة، فإذا كان سفره بمالها مثلاً يستغرق عشرة دراهم، ومع عدمها خمسة؛ لكونه يسلك طريقاً سهلة للمؤنة، فإنه يكون حصتها سبعة ونصفاً. (إملاء هبل). وقرره عامر. (قرر) ومن أجرة الحاج درهمين ونصفاً.

(*) بقدر المنفعة. (مفتي) (قرر).

قال الفقيه يحيى البحيبح: وكذا له أن ينفق من الوديعة بحصتها.

قال الفقيه علي: أما الوديعة(١) فالعرف خلاف هذا، وهو أنه لا ينفق منها على نفسه، وإنما يأخذ منها حصتها من الجباء والكراء.

قال الشيخ عطية: فإن استؤجر للحج فسافر له ولمال المضاربة أنفق على نفسه في الطريق(٢) من مال المضاربة(٣)، فإذا وصل إلى الميقات قسطت على قدر العمل فيهما(٤)، ونفقته في الرجوع من مال المضاربة(٥) مهما اشتغل بها.

(و) الشرط الرابع: أن يكون في مال المضاربة(٦) سعة بحيث **(لم يجوز**

---

(١) المراد بالوديعة التي لا يقاسم في ربحها وإن كان يؤخذ عليها أجرة. (عامر). إذ لو قاسم كان مضاربة. ولفظ المقصد الحسن: **مسألة**: إذا جرت العادة بأن الوديع يستنفق من الوديعة بحصتها في السفر انقلبت إجارة فاسدة، ويكون أجيراً مشتركاً [وله أجرة المثل]. (بلفظه).

(٢) ولعل هذا يستقيم إذا كان يتجر في طريقه، وأما إذا كان يريد إيصال المال إلى مكة فلعلها تقسط النفقة من أول سفره بينهما[١]. (حاشية زهور). وقد ذكره في البحر.

(٣) حيث اشتغل بها.

(٤) مثال ذلك: لو كان أجرة من يحرم للحج من الميقات ويدخل إلى مكة يتم أعمال الحج خمسة عشر درهماً، وأجرة من يشتغل بمال المضاربة من الميقات في الطريق وفي بيعه وشرائه في مكة عشرة دراهم، ضم عشرة إلى خمسة عشر يكون الجميع خمسة وعشرين، فحينئذٍ يكون على مال المضاربة خمسا الخمسة والعشرين، وذلك عشرة، وعلى أعمال الحج ثلاثة أخماس، وذلك خمسة عشر، ويقاس على ذلك.اهـ و(قرر) خلاف هذا التمثيل، وهو أنه يقسط كما في الصورة الأولى؛ إذ لا فرق بينهما. (سماع سيدي حسن الديلمي رحمه الله) و(قرر). ولفظ حاشية: مثاله: لو كان يستنفق في سفر الحج عشرة دراهم، فلما سافر بمال المضاربة احتاج خمسة عشر، كانت العشرة نصفين، والخمسة على مال المضاربة. هذا ذكره سيدنا سعيد الهبل. (قرر).

(٥) من الربح.

(٦) صوابه: «في الربح».

---

[١] حيث اشتغل بها. (قرر).

استغراق الربح(١)) وقال الفقيه يحيى البحيبح: بل ينفق على نفسه إذا كانت النفقة لا تستغرق مال المضاربة ولا أكثره، والنصف في حكم الأقل.

---

(١) قيل: معناه لا يستحق النفقة من مال المضاربة إلا إذا كان كثيراً، لا إن كان قليلاً، نحو عشرة دراهم إلى مكة، واختلف في تقييد الأكثر، فقيل: أن يقدر الاستغراق للربح بالانفاق في مجرى العادة، هذا اختاره الإمام شرف الدين عليه السلام، وهو ظاهر الأزهار والتذكرة فتأمل. قال سيدنا حسن: هذا لا يأتي على المذهب.

(*) فإن استنفق فانكشف الاستغراق ضمن للمالك نصف[١] ما استهلك. وإن جوز الاستغراق ولم يستنفق فانكشف أن النفقة لا تستغرق رجع على مالها بما أنفق على نفسه، ما لم ينو التبرع[٢]، ويقتسمان الزائد.

(*) **مسألة**: يقال: إذا استنفق العامل في المضاربة من الربح بعد ظهوره ثم وقع خسر في المال، هل يرد العامل ما استنفق للجبر أو لا؟ الظاهر وجوب الرد؛ لأن استنفاقه كالمشروط بعدم الخسر، كذا قرره بعض المشائخ. (مقصد حسن).

(*) فلو ظن أنه إن استنفق المعتاد استغرق وإن اقتصر على قدر معلوم لم يستغرقه – لم يكن له أن يستنفق؛ لأن المعتاد يستغرقها. (صعيتري). وقرره الشامي. ولو قيل هنا: يستحق البعض ما لم يجوز به الاستغراق، لا الكل –وهو ما يجوز به الاستغراق– لم يكن بعيداً، كما لو كان مال المضاربة[٣] مائة، ومؤنته في مدة سفره ستون درهماً مثلاً – استحق من مال المضاربة خمسين فقط، ولا وجه لسقوط الكل مع إمكان أخذ البعض، ولا يقال: تجويز عدم الاستغراق للأكثر شرط في الاستنفاق. (من شرح ابن لقمان)[٤].

(*) بالنفقة المعتادة.

---

[١] القياس أنه يضمن الكل. وقيل: يضمن ما ينقسم بينهما. (هبل) (قرير). [مثل درهم ونحوه. (هبل) (قرير)]. لأنه ليس له أن ينفرد بأخذ حصته من دون إذن شريكه.

[٢] وفي البيان: إن نوى الرجوع.

[٣] صوابه: «الربح» على المذهب. (قرير).

[٤] المختار أن له أن يستنفق إلى أن يبقى من الربح ما يمكن قسمته بينهما، كما في الصورة الأولى التي في هامش الشرح أولها: «فإن استنفق فانكشف». (قرير).

قال الفقيه علي: ولعله[١] يعمل بظنه[٢]، فإن أنفق وانكشف أنه أكثر[٣] ضمن، وإن لم ينفق من مال المضاربة[٤] وانكشف أن النفقة النصف فما دون رجع ما لم ينوِ التبرع[٥].

(و) إذا عرض له مرض أو حبس في حال سفره منعه من التصرف، وأراد أن يستنفق منها **(في)** حال **(مرضه ونحوه[٦])** ففيه **(تردد)** بين المذاكرين[٧]، فعن الأمير الحسين والشيخ عطية: لا يستنفق منها[٨].

وعن ابن معرف: له أن يستنفق منها[٩].

---

(١) عن سيدنا عيسى ذعفان: كلام الفقيه علي تفسير لكلام أصحابنا في الربح، وكلام الفقيه يحيى البحيبح في عين المال.اهـ والظاهر أنه تفسير لكلام الفقيه يحيى البحيبح فقط.

(٢) يعود إلى الأزهار.

(٣) من النصف.

(*) هذا تفصيل لكلام الفقيه يحيى البحيبح.

(٤) يعني: من الربح.

(٥) **والمقرز** أن للعامل الإنفاق مهما بقي من الربح ماله قيمة وأمكن قسمته. (سيدي أحمد السراجي) (قرير).

(*) بل لا بد من نية الرجوع.

(٦) حبسه، والخوف، وتحير السفينة.

(٧) بل خلاف.

(*) والمختار التفصيل، وهو أنه إن حبس لأجلها[1] أو مرض في حال كونه مشتغلاً بها كان له أن يستنفق، وإلا فلا. ومثله في حاشية السحولي. (قرير).

(*) التردد للإمام، لا للمذاكرين فقد جزموا؛ لأن منهم من يقول: يستنفق، ومنهم من يقول: لا يستنفق. وقد ذكر معناه في حاشية السحولي.

(٨) حيث لم يشتغل بها.

(٩) حيث حبسه أو مرضه بسببها. (عامر) (قرير). مع الاشتغال بها. (قرير).

---

[1] إن اشتغل بها.

قال مولانا عليه السلام: والقولان محتملان(١).

(فإن أنفق(٢)) العامل **(بنية الرجوع(٣))** على مال المضاربة **(ثم تلف المال بين(٤))** على ذلك **(وغرم)** له **(المالك، وصدقه مع البقاء)**(٥). وقال الشافعي: يصدقه مع البقاء والتلف على قدر نفقة المثل.

(ولا) يجوز له أن **(ينفرد بأخذ حصته(٦))** من الربح من غير إذن شريكه(٧).

---

(١) قال في البحر: والأقرب أنه لا يستنفق من مالها؛ إذ لا سبب له.اهـ حيث لا يكون الحبس لأجلها. (قرير). ولا اشتغل بها. (قرير).

(٢) على مال المضاربة. (هداية). بخلاف ما لو أنفق على نفسه وتلف فلا رجوع بعد التلف؛ لعدم الربح. (هداية) (قرير).

(٣) قال في التذكرة والحفيظ: وتكون بينته على إقرار المالك أنه نوى الرجوع. وقيل: بل القول قوله في نية الرجوع؛ لأنه لا يعرف إلا من جهته. (قرير).

(٤) على الإنفاق. (قرير).

(*) إذ قد خرج بتلفه عن كونه أميناً. (بحر).

(*) يعني: أن العامل إذا ادعى أنه أنفق أو نحوه من مال نفسه على مال المضاربة بنية الرجوع على مالها، وأنكر المالك ذلك - فإن القول للعامل فيما ادعاه مع يمينه. وقوله: «أو نحوه» أي: نحو الإنفاق ما اقترضه لها، وما سلمه من جُباء ونحوه، وكذا الخسر القول له فيه وفي قدره، وهذا كله مع بقاء المال؛ لأنه أمين، وأما مع التلف فالقول في ذلك للمالك مع يمينه، والبينة على العامل؛ لأنه يدعي تضمين المالك، والأصل براءته، فإن بين بذلك غرم له المالك. (شرح بهران).

(٥) لا بعد التلف فعليه البينة؛ لأنه يريد تضمين المالك [أي: يدعي ذلك ديناً عليه]. (بيان). فإن تلف بعض المال صدقه إلى قدر الباقي. (كواكب) (قرير). ويبين على التالف. (قرير).

(*) إلى قدر رأس المال، ويبين على الزائد. (قرير).

(*) يعني: يكون القول قول العامل مع يمينه[1]. (قرير).

(٦) فلو أذن له المالك بأخذ حصته من الربح[2] منفرداً جاز. (حاشية سحولي) (قرير).

(٧) ووجهه: أنه يكفي الحضور وإن لم يأذن.

---

[١] والبينة على المالك، وتكون على إقرار العامل. (قرير).

[٢] أي: عزل نصيبه من الربح.

قال الفقيه يحيى البحيبح: سواء قلنا إن القسمة بيع(١) أم إفراز(٢)؛ لأنه لا يفسخ(٣) المضاربة من غير حضور الآخر(٤). وأما المالك فله أخذ نصيبه من غير حضور العامل(٥)؛ لأنه لا يحتاج في العزل إلى حضوره، هذا إذا قلنا: إن القسمة إفراز.

وقال الفقيه محمد بن سليمان: بل لكل واحد منهما أن ينفرد بأخذ حصته إن جعلنا القسمة إفرازاً.

قال مولانا عليه السلام: والأول أصح(٦).

(ويملكها(٧) بالظهور) بأن ترتفع أثمان السلع فيصير بعض السلع ملكاً للعامل، وهو قدر حصته من الربح الذي قد ظهر **(فتتبعها أحكام الملك)** وهي: وجوب الزكاة(٨)، وحصته من الفطرة إذا كانت السلعة رقيقاً(٩)، ويصير بها غنياً، ويعتق(١٠) إذا كان في الرقيق ....

---

(١) حيث كانت عروضاً.

(٢) حيث كانت نقداً.

(٣) لأن قسمة الربح فسخ للمضاربة، وليس له ذلك إلا في وجه المالك. (بيان) (قررو).

(٤) إلا أن تكون مؤقتة، وكان رأس المال عند انقضاء الوقت مما قسمته إفراز، فله أن يأخذ حصته؛ إذ له عزل نصيبه من الربح. (قررو). ومثله في حاشية السحولي.

(٥) حيث كان مما قسمته إفراز، وإن كان مما ليس قسمته إفرازاً لم يجز إلا بحضوره. (حاشية سحولي) (قررو).

(*) حيث له عزله. (قررو).

(٦) لأنه كالوكيل لا يعزل نفسه إلا في حضرة الأصل، وأما المالك فله ذلك. (قررو).

(٧) يعني: حصته.

(٨) لكن ينظر هل للتضيق أو للتحويل؟ القياس للتحويل[١]. (شامي).

(٩) هذا على القول بأنه يعتق بنفس الشراء، وهو المذهب.

(١٠) والمذهب أنه يعتق مطلقاً، سواء كان ثم ربح أم لا، وكذا في[٢] انفساخ النكاح. ما لم يكن عبداً أو أضاف لفظاً فلا يعتق ولا ينفسخ النكاح. (قررو).

---

[١] وتضيق متى قبضه. لأن الملك غير مستقر كالمكاتب.

[٢] لأنه قد دخل في ملكه لحظة مختطفة. (قررو).

رحم له(١)، وينفسخ النكاح إذا كان فيهم زوجته(٢). وقال المؤيد بالله والشافعي: لا يملك إلا بالقسمة(٣).

(وإنما يستقر) ملكه لحصته **(بالقسمة)** وقبلها ملكه غير مستقر، ومعنى كونه غير مستقر: أنه إذا عرض له الخسر بعد ظهور الربح جبر رأس المال بالربح، فيبطل ملك العامل(٤) إن استغرقه الجبر، ولهذا قال عليه السلام: **(فلو خسر(٥) قبلها)** أي: قبل القسمة **(وبعد التصرف(٦) آثر الجبر)** لرأس المال بما كان ربحاً **(وإن)** قدرنا أنهما اقتسما الربح جاهلين للخسر ثم **(انكشف)**(٧) لهما

---

(١) والمضارب حر.

(٢) وسواء كان ثم ربح أم لا.

(٣) إن قيل: ملكه غير مستقر، فهلا كان كالمكاتب على ما تقدم من الخلاف. قال السيد محمد بن عز الدين بن صلاح: الفرق ضعف مال الكتابة من حيث لزوم تأجيله وتنجيمه، وبطلانه بتعجيز العبد نفسه، ولكونها معاوضة مخالفة للقياس. (مفتي).

(*) إذ لو ملكت بالظهور لما جبر بها الخسر، ولملك ربح الربح. قلنا: هو يملكه ملكاً غير مستقر، فيصح جبر الخسر منه. (غيث).

(٤) غير العتق والاستيلاد والنكاح فلا تبطل. (قرير).

(*) لا أحكامه. (مفتي).

(٥) أو سرق أو ضاع[١] فإنه يجبر؛ لأنه لا ربح إلا بعد كمال رأس المال، ذكره في الشرح. (رياض)[٢]. ولا يرجع بما أنفق على الربح، أي: ربح العامل قبل ظهور الخسر. (قرير).

(٦) البيع والشراء.

(*) في جميع المال. (سحولي لفظاً) (قرير).

(٧) وصورته: أن يبيع السلع، فعزلا رأس المال ظناً منهما بوفائه، واقتسما الباقي، ثم انكشف أن المال ناقص، فيرد كل واحد منهما ما قبض لتوفية رأس المال.

---

[١] أما الضياع فمضمون؛ لأنه تفريط. (قرير).

[*] المراد تلف من غير جناية ولا تفريط. (قرير).

[٢] هذا الكلام ليس في الرياض، بل في الكواكب، ولفظها: وكذا إذا تلف شيء من مالها أو سرق أو ضاع فإنه يجبر من الربح؛ لأنه ...إلخ.

(الخسر بعدها) أي: بعد القسمة أنه قد كان وقع الخسر قبلها فإنها تبطل ويجبر رأس المال.

وعلى الجملة فالمسألة على وجوه ثلاثة: الأول: أن يحصل ربح وخسران قبل قبض[(١)] رأس المال وقبل قسمة الربح، فلا خلاف أنه يجبر الخسران بالربح.

الثاني: أن يحصل ربح ثم يقسمانه ويقبض رأس المال[(٢)]، فلا خلاف أن الربح لا يجبر به الخسران[(٣)].

الثالث: أن يقسم الربح ولا يقبض رأس المال ثم حصل الخسران بعد ذلك[(٤)]، ففي هذا خلاف، فظاهر قول الهادي عليه السلام وهو قول الناصر: أنه لا يجبر، وأن بقسمة الربح قد انعزل[(٥)] من المضاربة، فإذا تصرف ثانياً لم يكن إلا بإذن رب المال[(٦)].

وقال أبو العباس وأبو حنيفة والشافعي: إنه يرد ما أخذه من الربح، ويجبر به الخسران؛ لأن الفسخ إنما يكون بقبض رأس المال.

ومحل الخلاف إذا اقتسما الربح ورأس المال على صفته[(٧)]، أما لو كان سلعاً[(٨)] فالقسمة موقوفة على كمال رأس المال[(٩)].

---

(١) أي: قبل أن يقبض المالك رأس المال من العامل.

(٢) يعني: ثم إن المالك رد رأس المال إلى العامل مضاربة ثانية فاتجر فيه فخسر.

(٣) لأن هذه معاملة أخرى. (غيث). قوله: «الخسران» يعني: الحاصل في المضاربة الثانية.

(٤) يعني: في مضاربة أخرى.

(٥) إذ القسمة بعد إفراز رأس المال كالفسخ. (بحر).

(٦) بعد قبضه، أو يوكله بقبضه من نفسه. (قرير).

(٧) نقداً. (قرير).

(*) يعني: دراهم إن كان دراهم، أو دنانير إن كان دنانير.

(*) ثم تلف.

(٨) أو نقداً لا على صفته.

(٩) يعني: حيث لم يقبض المالك السلع عن رأس المال؛ إذ لو قبضت ثم كسدت في يده فلا يجبر الربح الخسران، ذكر معناه في حاشية السحولي، وقرره الشامي.

=

قوله عليه السلام: «وبعد التصرف» احتراز من أن يكون الخسر قبل التصرف[١]، نحو أن يتلف بعض رأس المال فإنه لا يجبر بالربح[٢].

(*) وأما لو اقتسما الربح ثم دفع العامل السلعة إلى المالك وقيمتها قدر رأس المال كاملة نقداً، ثم كسدت بعد ذلك - فهل يجبر الخسر بالربح في هذه الصورة أم لا حكم للكساد ونحوه بعد قبض المالك لها؟ وإذا قلنا: يجبر كسادها بالربح فهل يشارك العامل المالك في ربحها لو غلت بعد قبض المالك لها؟ ينظر، الأقرب في هذه الصورة أنه لا حكم للخسر الحاصل بعد قبض المالك لها عن رأس المال. (حاشية سحولي) (قرر).

(*) والمضاربة باقية، فيرد العامل ما أخذ من الربح.(بيان معنى).

(١) (وكذلك الربح) معناه: وكذلك إذا حصل في رأس المال زيادة قبل أن يتصرف فيه العامل، وذلك نحو أن يزداد سعر النقد الذي عقدت عليه المضاربة، فإن تلك الزيادة لا تسمى ربحاً، ولا يستحق العامل منها شيئاً، بل يكون ذلك الزائد من رأس المال. (شرح أثمار).

(٢) وصورته: أن يضاربه في ألفين فتلف قبل التصرف ألف، ثم استفاد على الباقي ألفاً - فإنه لا يجبر الألف التالف بالربح؛ لأن المضاربة قد بطلت فيه. (زهور) (قرر).

(*) ذكره الإمام يحيى عليه السلام؛ لأن ما فات قبل التصرف بطلت المضاربة فيه، فلا يجبر بالربح.

(فصل): في أحكام المضاربة الصحيحة

(و)اعلم أن التصرف في مال المضاربة بالبيع وغيره(١) للعامل فقط، و**(للمالك شراء سلع المضاربة منه**(٢) **وإن فقد الربح)** فيها.

اعلم أن المسألة على وجوه ثلاثة: الأول: أن يكون في مال المضاربة ربح فيشتري المالك حصة العامل من الربح، فهذا جائز وفاقاً، مع أن المؤيد بالله يقول: إنما يملك(٣) بالقسمة، لكن قد حصل في البيع معنى القسمة.

الثاني: أن يكون في المال ربح واشترى رب المال جميعه، فقال أبو العباس وأبو حنيفة والشافعي والمؤيد بالله في الاستحسان(٤): إن هذا جائز(٥).

وقال المؤيد بالله في القياس(٦): إنه لا يجوز في الزائد على حصة العامل(٧).

---

(١) الرهن، والقرض، والعارية، والهبة على غير عوض، والاستئجار.

(٢) وكذا الاستئجار والارتهان ونحو ذلك. (قرير).

(*) أو من وكيله.

(٣) ينظر متى يملك حتى يصح البيع عنده؟ ولعله يقال: يصح البيع، ويكون بينهما ترتب ذهني، كما قالوا في البيع الضمني. (إملاء شامي).

(٤) وحقيقته: هو العدول عن القياس إلى قياس أقوى منه[١]. ولا فرق بين أن يكون ذلك الأمر الأقوى خبراً أو إجماعاً أو قياساً، لا تعليلاً. والأخذ بالاستحسان أولى من الأخذ بالقياس عند أصحابنا. (زهرة). وعند أصحاب الشافعي الأخذ بالقياس أولى. قيل: وإنما أوجب الاستحسان الجواز في هذه المسألة لوجهين: الأول: التشبيه بالعبد المكاتب[٢]، فإن سيده يشتري منه. والثاني: أن أكثر العلماء يجيزون هذا غير زفر. (شرح بهران).

(٥) حجتنا أن التصرف حق للعامل، وليس للمالك التصرف إلا بإذنه. (بستان).

(٦) يعني: على الوكيل، وعلى العبد المأذون إذا لم يكن عليه دين، فإنه لا يصح أن يشتري ملكه بملكه. (زهور).

(٧) لأنه بيع ماله بماله. (زهور).

---

[١] وهو أن العامل قد صار هو المالك للتصرف في المال، فكأنه المالك له، كما يشتري السيد من مكاتبه. (بيان معنى).

[٢] وعبده المأذون حيث عليه دين مستغرق [له ولما في يده، كما تقدم في فصل المأذون في البيع].

وهو قول زفر.

الثالث: أن يكون المال سلعة[١] لا ربح فيها، فقد صرح أبو العباس في الشرح[٢] أنه يصح من رب المال شراؤها، وهو ظاهر حكاية الشرح عن أبي حنيفة. وقال في شرح الإبانة والكافي: لم يجز هذا إلا أبو العباس[٣]، وهو خطأ مخالف للإجماع[٤].

فلو أراد العامل أن يشتري من المالك سلعاً بالدراهم التي سلمها إليه فقال في بيان السحامي عن بعضهم: إن ذلك جائز[٥]. وكذا ذكره في الزوائد للناصر.

قال: وهو الظاهر من مذهب القاسمية والفريقين والمؤيد بالله في الاستحسان.

وقال المؤيد بالله في القياس وزفر: إنه لا يجوز. ومثله ذكر أبو جعفر[٦].

(و) كما يجوز للمالك شراء سلع المضاربة من العامل يجوز له[٧] **(البيع منه إن**

---

(١) واحدة.

(٢) شرح أبي العباس.

(*) لعله شرح التحرير.

(٣) وهو ظاهر الأزهار.

(٤) بل كلام صحيح مختار لا غبار عليه. (شامي). فلله دره.

(*) لأن المالك اشترى ملكه بملكه.

(٥) وكذا يصح أن يشتري المالك من العامل السلع التي دفعها إليه ليبيعها ويجعل ثمنها مال المضاربة؛ وإنما جاز في هذه الصورة ترجيحاً للاستحسان على القياس، وكما جاز أن يبيع عبده من نفسه ويكاتبه، مع أن في ذلك معاوضة ملكه بملكه فكذا هنا. أما بيع العبد من نفسه فليس فيه معاوضة ماله بماله. (حاشية سحولي).

(*) لأن الولاية إلى للعامل، ولأن الدراهم لا تتعين.

(٦) لنفسه.

(٧) أي: للمالك.

(*) لكن يورد على هذا سؤال، وهو أن يقال: وكيف صح من المالك البيع من العامل وولاية البيع إلى العامل؟ والجواب: أن دخول العامل مع المالك في البيع إذن للمالك بالبيع إليه. فإن قيل: إن كان الأمر كما ذكر فالعامل متول طرفي العقد في الحقيقة؛ إذ

=

فقد) الربح، ولا خلاف في ذلك، واختلفوا إذا كان فيه ربح، فمن قال: إنه يملك بالظهور -وهم الهدوية- قال: لا يصح البيع في قدر نصيبه(١) من الربح(٢)، بل فيما دونه(٣). ومن قال: لا يملك بالظهور -وهو المؤيد بالله- صح البيع(٤) عنده في الجميع.

قال الفقيه علي: ولا يقبض المضارَب من نفسه الثمن(٥)؛ لأن القبض إلى

الولاية صارت من جهته، وهو لا يصح أن يتولى طرفي العقد واحد، فهذا منه، فكان كولي الصبي إذا وكل من يبيع مال الصبي منه. والجواب في هذا: أن العامل إنما له حق المنع من البيع، فلما دخل في العقد كان دخوله إسقاطاً للحق، فتصرف المالك حينئذٍ بالأصالة لا بالنيابة، فيصح. هكذا ذكره عيسى ذعفان رحمه الله[١]. ومثله للقاضي عامر.

(*) العلة في قوله: «والبيع منه إن فقد» غير صريحة.

(*) فإن قلت: كيف يصح البيع والولاية للعامل؟ لعله بالولاية الأصلية.

(١) أي: نصيب العامل.

(٢) بخلاف ما تقدم، والفرق أن الولاية هنا والملك له، بخلاف ما تقدم فالولاية إلى غير المالك.

(*) حيث باعه منفرداً، أو الكل حيث لم يتميز.

(٣) وهذا اللفظ مجمل يحتاج إلى تفصيل، وهو أن يقال: إن باع المال من العامل جميعه لم يصح في الكل؛ لأنه اشترى ملكه وملك غيره، وذلك لا يصح، وأما إذا اشترى ما عدا حصته من الربح فذلك واضح، وهو أنه يصح. (شرح ينبعي) و(قرير).

(*) حيث اشترى حصة المالك فقط. (قرير). فلو اشترى الجميع لم يصح؛ لأنه اشترى ملكه وملك غيره؛ لأن الجهالة مقارنة للعقد، ولا يتصور هنا إجازة إلا أن تميز الأثمان.اهـ والمختار أنه لا يصح تميزت أم لا؛ لأنه اشترى ملكه وملك غيره. (ذنوبي) (قرير).

(٤) يقال: البيع بمعنى القسمة فينظر؟ إلا أن يقال: في البيع معنى القسمة حيث باع الحصة فقط، وقد ذكر معناه في البحر.

(٥) وجه كلام الفقيه علي أن ولاية القبض إلى العامل في بيع السلع، فدخوله في الشراء من المالك توكيل للمالك بالبيع، فالمالك في التحقيق وكيل له، والحقوق تعلق بالوكيل من قبض الثمن ونحوه، فيقبض الثمن ويرده إليه، كما لو أذن العامل للمالك ببيع السلع من أجنبي. (غيث).

---

[١] رواه عن محمد بن موسى الذماري.

=

الوكيل، والوكيل هنا هو البائع(١). ولا تنفسخ المضاربة بينهما(٢).

نعم، وإنما يجوز التصرف للمالك في سلع المضاربة بالبيع والشراء من العامل فقط **(لا من غيره فيهما)** أي: في الشراء والبيع، فلا يجوز أن يشتريها(٣) المالك أو يبيعها(٤) من غير العامل إلا بإذنه(٥).

(و)تجوز **(الزيادة المعلومة**(٦) **على مالها ما لم يكن)** المال **(قد زاد أو نقص**(٧)**)** فإن كان قد زاد أو نقص لم تصح الزيادة عليه(٨)؛ لأنه يؤدي إلى جبر خسر كل واحد منهما من الآخر(٩).

(*) إلا أن يأمره المالك بذلك صح، وتبقى المضاربة على الصفة الأولى. (بيان) (قرر).

(١) وهو المالك. (بيان).

(٢) إلا أن يقبضه هنا بنية الفسخ. (بيان).

(٣) وهو يقال: أما الشراء فلا معنى لشراء المالك للسلع من غير العامل. وهو يقال: فلو أجاز العامل شراء المالك لها من الغير هل يصح[١]؟فقد حصل له معنى. (حاشية سحولي لفظاً). يقال: يتصور حيث ثم ربح أو يجوَّز، ويجيز العامل حينئذٍ؛ لأن العقد موقوف، وأما حيث لا ربح ولا يجوز فلا يصح بوجه، إلا حيث لم يقصد العزل فإنه ينفذ بإجازة العامل. (شامي).

(*) من نفسه.

(٤) حيث تيقن الربح أو جوز، وإلا فهو يصح العزل. (قرر).

(٥) أو إجازته. (قرر).

(٦) بالعقد الأول. (قرر). [ولا يحتاج في الزيادة إلى تجديد عقد. (حاشية سحولي) (قرر)].

(*) وتكون مضاربة واحدة. (بيان) (قرر).

(٧) بعد التصرف.اهـ لا قبله فهو إما نماء أو كساد.

(*) وهما باقيان، يعني: الزيادة والنقص. (كواكب).

(٨) بل تكون مضاربة ثانية. (قرر).

(٩) وهو غير مستحق، فيصير إلى المالك ما لا يستحقه؛ لأنه إذا ربح في المال الأول ثم جاءت الزيادة وخسر فيها جبره من الربح في الأول، والجبر منه غير مستحق للمالك لتقدمه، وكذلك العكس. (غيث بلفظه).

---

[١] قلنا: يصح مع الإجازة. (قرر).

=

(و) يجوز للمالك **(الإذن)** للعامل **(باقتراض**[١]**)** قدر **(معلوم)** من الدراهم أو الدنانير[٢] **(لها)** أي: لمال المضاربة[٣]، فيضمها إلى ما دفعه إليه من المال فيكون الجميع مضاربة.

وفي المسألة أربعة أقسام: الأول: أن يعرف الدين والمستدان منه، فلا إشكال في صحة هذا على المذهب[٤].

الثاني: أن يُجْهَلا، فلا إشكال في فساد المضاربة[٥] في قدر الدين، فيكون الربح والخسران للعامل وعليه، اللهم إلا أن يجيز[٦] ....

(*) يعني: من الربح. ولفظ البيان: لئلا يجبر خسران مضاربة بربح مضاربة أخرى. (قرر).

(١) ما لم يكن قد زاد أو نقص.

(٢) أو من غيرهما مما يصح قرضه، ويبيعه ويجعل ثمنه إلى مال المضاربة. (قرر).

(٣) من نفسه أو من غيره. (بيان معنى) (قرر).

(٤) حيث أضاف[١] إلى الآمر لفظاً أو نية، ولو إلى مالها؛ لأنه يشترط في وكيل القرض الإضافة لفظاً أو نية.

(٥) لا مضاربة هنا. (قرر).

(*) أي: بطلانها. (قرر).

(٦) وفي الكواكب ما لفظه: ويكون ما قبضه لنفسه، إلا أن يضيفه إلى الآمر ثم يجيزه كان له؛ لأن القرض[٢] تلحقه الإجازة[٣]. ولا يطالب به المستقرض، وكذا إذا كان نواه للآمر وأجاز، لكنه المطالب به إن لم يصدقه المقرض في نيته.اهـ وهذا خلاف ظاهر الشرح؛ لأن الذي يفهم منه أن المراد بالإجازة لعقد الشراء، لا للقرض، وتكون المضاربة فاسدة على ظاهر إطلاق الشرح، فيستحق أجرة المثل؛ لأن الفساد في الزيادة أصلي؛ لجهالة رأس المال.اهـ سواء لحقت الإجازة القرض أو لحقت الشراء فالحكم واحد.

---

[١] يعني: العامل عند القرض.

[٢] في الكواكب: القبض.

[٣] ولفظ البيان: وكذا ما استقرضه لنفسه، إلا أن يضيفه إلى المالك ثم يجيزه كان له على ما تقدم تفصيله؛ لأن القرض تلحقه الإجازة، ذكره في الشرح. (انتهى بلفظه) (قرر). وهو ظاهر الأزهار فيما يأتي في الشركة، حيث قال: «أو أقرض ولم يجز الآخر» يؤخذ أن القرض تلحقه الإجازة.

الآمر[1] بعد شراء العامل[2] بها استدان، وكان العامل قد نوى[3] أنه للآمر.

الثالث: أن يجهل المستدان منه ويعرف قدر الدين، فظاهر كلام اللمع والشرح صحتها، وهو الذي في الأزهار.

وقال ابن أبي الفوارس: هي فاسدة، والربح والخسران يتعلقان بالعامل.

الرابع: العكس، وهو أن يعرف المستدان منه ويجهل قدر الدين، فقال الفقيه محمد بن يحيى: ظاهر كلام الشرح أنها فاسدة[4]، فيتعلق الربح والخسران بالعامل[5]، لا بالآمر.

وقال ابن أبي الفوارس: الوكالة صحيحة بالاستدانة[6]، فيكون ذلك للآمر،

---

(١) وتكون المضاربة على هذا الاستدراك صحيحة. اهـ وقيل: كشراء ما نهي عنه، فتكون فاسدة فساداً أصلياً؛ لجهالة رأس المال، وسواء لحقت الإجازة القرض أو لحقت الشراء فالحكم واحد.

(٢) وكذا قبله إذا أضاف القرض إلى المالك لفظاً أو نية؛ لأن الإجازة تلحق القرض. (قرير).

(٣) أو أضاف لفظاً. (بيان) (قرير).

(٤) يعني: الوكالة عنده، وإلا فلا فرق بينه وبين كلام ابن أبي الفوارس؛ لأن الخلاف بين الفقيه محمد بن يحيى وابن أبي الفوارس في الوكالة فقط، وأما المضاربة فهي فاسدة عندهما. (قرير). [مع عدم الإضافة والإجازة. (قرير)].

(*) كلام الفقيه محمد بن يحيى قوي مع عدم الإضافة، وكلام ابن أبي الفوارس مع الإضافة والإجازة، وهذا المناسب للقواعد، وتكون المضاربة صحيحة. (عامر). واختاره المفتي والصعيتري. (قرير).

(*) يعني: باطلة؛ لأن الأمر كلا أمر، ومن ثم لم يفتقر إلى الإجازة، وإلا لم يكن فرق بين كلامه وبين كلام ابن أبي الفوارس.

(*) مع عدم الإضافة لفظاً أو نية. (قرير).

(٥) ما لم يضف، فلو أضاف كان موقوفاً على إجازته، فإن أجاز المالك تعلق الربح والخسران بالمالك، وللعامل أجرة المثل؛ لأنه لم يفعله تبرعاً. اهـ والمختار صحة المضاربة مع الإضافة ولحوق الإجازة، ويكون الربح بينهما، والخسر من رأس المال.

(٦) قوي مع الإضافة وأجاز.

لكن المضاربة فاسدة[١] لجهالة مالها، فيكون الربح والخسران للآمر، وللعامل أجرة المثل[٢].

(ولا يدخل في مالها إلا ما اشتري بعد عقدها بنيتها أو بمالها ولو بلا نية[٣]) وحاصل المسألة: أنه إما أن يشتري قبل عقد المضاربة أو بعد، إن كان قبل لم يكن لها ولو نواه[٤].

وإن كان بعد ففيه أربعة أقسام: بنيتها ومالها فلها. لا بنيتها ولا بمالها فله. بنيتها لا بمالها فلها. الرابع: بمالها لا بنيتها فهذا على وجهين: الأول: أن لا يكون له نية[٥] فلها. الثاني: أن ينوي لنفسه فله[٦]، وهو غاصب للنقد[٧]. وقد دخلت هذه الأقسام

---

(١) أي: باطلة.

(٢) كما لو سلم مالاً مجهولاً ليتقاسما الربح فيه، فيكون له أجرة المثل، والمال لمولاه. (عامر).

(٣) صوابه حذف «ولو»، وقد حذفه في الأثمار.اهـ لأنه يوهم أنه يكون ما شراه من مالها لها ولو نواه لنفسه، وليس كذلك. قال الشامي: وفي التحقيق أنه لا يحتاج إلى تصويب؛ لأنه لم يرد ذلك.

(٤) ولو دفع ثمنه من مالها الذي قبضه قبل عقدها. (بيان) (قرر).

(٥) وهذا يخالف ما سيأتي في الوكالة إذا أمره أن يشتري له بدراهم شيئاً ولم يضف[١] إلى الآمر لم يكن له، بخلاف هنا فإنه يكون لمال المضاربة من غير نية.اهـ لعل هذا أقوى؛ لأن فيه شائبة شركة. (كواكب معنى). وقرره الشامي. وقيل: لأن فيها شائبة ولاية.

(*) يعني: حيث اشترى بمالها، فأما لو اشتراه إلى الذمة فله ولو دفع مالها، [ولا يتصدق بالربح].

(٦) حيث لـم يعينه المالك كما سيأتي في الوكالة حيث اشترى الوكيل لنفسه وقد عينه الأصل.

(٧) إذا اشتراه بعينه ولم يجر عرف باقتراض ولا فُوِّض[٢]، وإلا فلا فتأمل. (مفتي) و(قرر).

(*) ويكون ما أخذه قرضاً حيث لحقته الإجازة.

(*) ولا يبرأ منه إلا برده للمالك. (كواكب) (قرر)..

(*) ويتصدق بالربح. (قرر). حيث عينه ودفعه. (قرر).

---

[١] الذي سيأتي مثل هذا، وإنما يستقيم الفرق على خلاف شرح الأزهار الذي اختير، أعني: على التصويب الذي صوب على شرح الأزهار هناك في قوله: «ما لم يخالفه الفرع».

[٢] ويجري عرف بأن القرض يدخل في التفويض، كما تقدم. (قرر).

تحت كلام الأزهار.

(و)مال المضاربة **(لا تلحقه الزيادة**[(١)] **و)**لا **(النقص بعد العقد**[(٢)]**)** فلو اشترى المضارب شيئاً بثمن معلوم، وبعد وقوع البيع طلبه البائع الزيادة على الثمن فزاده، وكذلك لو باع سلعة ثم طلبه المشتري النقص من الثمن فنقص - لم تلحق الزيادة ولا ذلك النقص مال المضاربة[(٣)]، بل على المضارب في خاصة ماله[(٤)] **(إلا لمصلحة**[(٥)]**)** في الزيادة والنقص[(٦)] تعود على المال، نحو أن يكون على طريق التفادي[(٧)] فإن ذلك يكون على مال المضاربة على الصحيح، خلاف ما حكي عن الأستاذ، وكذا ما جرت العادة به فإن العامل كالمأذون به، وذلك نحو أن يشتري من الخيل، فإن العادة جارية بزيادة لمن يتعلق بخدمة الفرس[(٨)]

(١) وكذا أولياء المساجد والأيتام.

(*) في الثمن والمبيع، يعني: من العامل، وأما لو كانت الزيادة للعامل أو النقص عنه لحقت، وذلك ظاهر. (حاشية سحولي لفظاً) (قرير).

(٢) يعني: إذا كانا منه، لا له فيلحقان. (قرير).

(٣) لأنه متبرع في الطرفين.

(٤) وأما الحط[١] فباطل، إلا أن يظهر الربح فمن نصيبه.اهـ سيأتي خلاف هذا في الوكالة، وهو أنه يصح الحط ويغرم. (قرير).

(*) لعل هذا إذا كان الزيادة من النقدين، لا من العروض فلا ينفذ، ويكون غاصباً. (قرير).

(٥) أو عرف. (فتح).

(٦) ومثال النقص: أن يبيع بخيار للمشتري، فخشي أن يفسخ فنقص عن المشتري من الثمن[٢] والمصلحة ظاهرة. ومثال الزيادة: أن يشتري شيئاً ويجعل للبائع الخيار، فخشي أن يفسخ البائع فزاد له في الثمن وقد ظهر أن المصلحة في الشراء.

(٧) نحو أن يشتري شيئاً فخشي أن يمطله البائع في المبيع فزاده العامل شيئاً؛ لئلا يمطله.

(٨) ويكون للمشتري الخيار لجهل معرفة قدر الثمن، وتكون الزيادة كالجزء من الثمن، ويفسد العقد لجهالتها إذا اختلف عرف الناس فيها.

---

[١] لأنه يسمى بعد القبض حطاً، وقبله إسقاطاً.

[٢] قدر ما يعتاد الناس فإنه يلحق بمال المضاربة.

ونحو ذلك(١).

قال الفقيه علي: وإذا ادعى العامل أن ذلك لمصلحة المال فعليه البينة(٢)؛ لأن الأصل عدم ما يدعيه.

(ولا ينعزل) العامل **(بالغبن المعتاد(٣))** وهو قدر ما يتغابن الناس بمثله، وأما إذا غبن غبناً فاحشاً(٤) لم يلزم المالك؛ لأنه وكيل، وانعزل في تلك الصفقة(٥) لا غير، وأما قدر نصيبه من الربح فينفذ(٦).

(و)لا ينعزل بكونه **(شرى)** بمال المضاربة **(من يعتق على المالك أو**

---

(١) ليس هذا من باب الزيادة والنقص، وإنما يتصور ذلك حيث يشتري بخيار للبائع، وقد تعينت المصلحة لها أيضاً، وزاد في الثمن لئلا يفسخ. (إملاء شامي) (قرر). وأما في العقد النافذ فلا معنى للزيادة، وإنما يكون ذلك مما يتعلق بحفظ المال، كالتفادي[١] من اللصوص ونحوهم، وكالهدية للترغيب في البيع والشراء حسب العرف، وكزيادة شيء معتاد لمن يتعلق بخدمة الفرس ونحوها. (حاشية سحولي) (قرر).

(*) كالراعي.

(٢) إلا إذا كان معتاداً. (قرر). فلا يحتاج إلى بينة. (قرر).

(*) مع اللبس. (قرر).

(٣) ولو قصده. اهـ خلاف المعيار.

(٤) ما زاد على نصف عشر القيمة.

(٥) يعني: يبقى موقوفاً على الإجازة، وهذا فيما عدا حصته من الربح، فلو كان الغبن قدر حصته من الربح، ولا نقص على المالك، أو حصل نقص يتغابن الناس به في العادة – نفذ العقد، ولم يستحق العامل شيئاً من الربح. (حاشية سحولي لفظاً) (قرر).

(٦) يقال: هذا عزل لنفسه، وقد قلتم: لا يصح العزل إلا في وجهه، وقلتم: لا يستبد بأخذ حصته فينظر. يقال: لا عزل؛ لأنه يبقى موقوفاً. (قرر).

---

[١] ولفظ البيان: **مسألة**: وإذا غصب مالها ثم استفداه العامل بمال فله تسليمه من مالها، خلاف الاستاذ[٠]. (بلفظه).

[٠] فقال: يكون منه. (برهان).

عليه(١)**)** وحاصل الكلام في هذه المسألة: أنه إما أن يكون رحماً للعامل أو للمالك، إن كان للعامل فإن لم يكن ثم ربح لم يعتق(٢)، وإن كان ثم ربح فقد ذكر

---

(١) وليس للمالك وطء الأمة إلا بإذن[١] العامل إن لم يكن فيه ربح، وإن كان فيه ربح لم يجز ولو أذن، وكذا العامل لا بإذن ولا بغير إذن؛ إذ لا يستباح بالإباحة. (بيان) (قرير). فإن وطئها العامل حيث لا ربح قيل: لا حد عليه. وقيل: يحد مطلقاً؛ لأنها ليست من الثماني[٢]. (شامي).

(*) ويكون الولاء لمن يعتق عليه منهما[٣]. فإن كان يعتق عليهما جميعاً؟ الجواب: أنه يعتق على العامل؛ لأنه ملكه قبل ملك المالك، فيضمن مع الإيسار، ويسعى العبد مع الإعسار. (شامي) (قرير)[٤]. فإن عجز عن السعاية؟ قيل: يبقى في ذمة العبد. (قرير).

(٢) **فرع**: ذكر في البحر أنه يعتق كما ذكره المنصور بالله وابن أبي الفوارس في الوكيل؛ إذ ملكه حالة مختطفة. (بحر). وهو ظاهر الأزهار فيما يأتي في الوكالة.

(*) بل يعتق مطلقاً مع عدم الإضافة. (قرير). ثم ربح أم لا. (قرير). لأنه قد دخل في ملكه لحظة مختطفة، لكن الضمان يختلف، فحيث يعتق على المالك يضمن العامل القيمة قلّت أم كثرت؛ لأنه استهلكه بعد دخوله في ملك المالك، وإن كان يعتق عليه فالثمن مطلقاً؛ لأنه استهلكه قبل انتقاله إلى ملك المالك. وأما العبد فيسعى بالأقل مطلقاً من غير فرق بين أن يكون رحماً للمالك أو للعامل. ومعناه في حاشية السحولي. (قرير). [والزائد في ذمة العامل. (قرير). ولا رجوع للرحم بما سعى به على العامل في الوجهين جميعاً؛ لأنه قد استوفى ما في مقابلة السعاية، وهو العتق. (قرير).

---

[١] لأنه تصرف.

[٢] وقال الفقيه يوسف: يحد مع العلم بالتحريم لا مع الجهل. (بيان). ولفظ البيان في المضاربة: **مسألة**: وإذا كان في مال المضاربة أمة فمع حصول الربح لا يحل وطؤها لأيهما، ولا حد عليه، ومع عدمه يحل للمالك[٠]، لا للعامل، فإن وطئها فقال الفقيه حسن: لا حد عليه، وقال الفقيه يوسف: يحد مع العلم بالتحريم، لا مع الجهل. (بيان). وقيل: يحد مع العلم والجهل. (برهان). وهو ظاهر الأزهار في وطء الإماء؛ لأنه خرج من الثماني. (مفتي). ورواه عن شيخه المؤيدي.

[٠] بإذن العامل؛ لأنه تصرف.

[٣] بل يكون الولاء لمن هو رحم له.

[٤] وفائدته أنه إن عتق على المالك ضمن العامل القيمة، وإن عتق على العامل فالثمن.

أبو طالب احتمالات ثلاثة(١)، صحح القاضي زيد منها أنه يعتق(٢)، فإن كان العامل موسراً(٣) لزمه قيمة العبد(٤)، وإن كان معسراً(٥) استسعي العبد(٦).

وقال السيد يحيى بن الحسين: بل احتمالات أبي طالب مع عدم الربح.

قال الفقيه يوسف: والأول أظهر(٧).

فلو حصل الربح بعد الشراء(٨) عتق أيضاً، حكى ذلك عن الحنفية. قال الفقيه محمد بن سليمان: وهو المذهب. ولا يضمن العامل في هذه الصورة(٩)

---

(١) والاحتمال الثاني: أنه لا يعتق، ولا يصح الشراء[١]. والثالث: أنه يصح الشراء ولا لأن ملك العامل غير مستقر. (غيث).

(٢) مع عدم الإضافة[٢]؛ إذ لو أضاف لم يعتق على العامل.اهـ مع عدم الربح. (قرير).

(٣) حال الشراء.

(٤) بل الثمن.

(*) الزائد على حصته.

(*) وهو يقال: ما وجه استحقاق المالك لقيمة رحمه على العامل مع إيساره، والسعاية مع إعساره، والرحم لا يستحق قيمة رحمه كما تقدم في المشتركة؟ (حاشية سحولي). يقال: إنه مأمور بما فيه ربح ومصلحة، وشراؤه لرحمه يخالف ذلك.

(٥) أما لو اشترى المضارب من يعتق عليه بإذن المالك فلا شيء، بل يسعى العبد فقط، كما سيأتي في العتق. (رياض). وإن شرى من يعتق على المالك بإذنه فلا ضمان ولا سعاية أيضاً. (قرير).

(٦) بقدر قيمة نصيب المالك[٣].

(٧) واختاره الهبل.

(٨) قبل البيع.اهـ بناء على أنه لا يعتق حيث لا ربح، والمذهب أنه يعتق مطلقاً[٤]. (قرير).

(٩) بل يضمن على الصحيح. (قرير).

---

[١] لتضمنه الإتلاف. (كواكب معنى).

[٢] أو كان العامل عبداً. (قرير). فلا يعتق. (قرير).

[٣] قد تقدم أنه يسعى بالأقل من القيمة أو الثمن، فينظر هذا التذهيب.

[٤] ما لم يضف وكان حراً. (قرير).

ولو موسراً[(١)]، بل يسعى العبد[(٢)].

وأما إذا كان ذا رحم للمالك فقال الفقيه محمد بن سليمان: يكون مثل هذا أيضاً: يعتق العبد ويسعى مع إعسار العامل، ويضمن العامل مع إيساره، كما ذكر ابن أبي الفوارس مثل هذا في الوكالة.

وقال الفقيه يحيى البحيبح: الأولى أن لا يصح الشراء هنا؛ لأنه مأمور بما يحصل معه الربح، وهذا يتضمن الإتلاف[(٣)]، بخلاف الوكالة فهو مأمور بمجرد الشراء.

وقال أبو جعفر: إن شراه إلى ذمته لزمه دون رب المال، وإن شراه بعين المال لم يصح[(٤)].

(أو)شرى بمال المضاربة من **(ينفسخ نكاحه[(٥)])** فإنه لا ينعزل، نحو أن

(١) لأن عتقه بعد العقد كعتقه من جهة الله.اهـ والمذهب أنه يضمن مع الإيسار؛ لأنه يعتق وإن لم يكن ثم ربح على المختار.

(*) لأنه عتق بغير فعله. (كواكب).

(٢) على القول بأنه لا يعتق بنفس الشراء، وإلا ضمن العامل مع اليسار، ويسعى مع الإعسار.

(*) ولا رجوع له؛ لأنه قد استوفى العتق في مقابلة السعاية. (قرير).

(٣) قلنا: الضمان يجبر التفويت. (بحر).

(٤) والصحيح في هذه الصور كلها أنه يعتق، سواء كان ثمة ربح أم لا. (قرير).

(*) هلا قيل: يبقى موقوفاً عندهم؟ قيل: غايته أن يكون موقوفاً. (ع).

(٥) ولا ينقض العتق ولا يعود النكاح[١] ولو فسخ بما هو نقض للعقد من أصله. (قرير).

(*) قال في البحر: ولا يزوج أيهما الأمة إلا بإذن الآخر.اهـ ظاهره وإن لم يكن ثمة ربح.

(*) وإذا انفسخ الشراء بما هو نقض للعقد من أصله لم يبطل العتق، ولا يعود النكاح إلا بتجديد. (قرير).

(*) فلو كان ينفسخ نكاحهما -يعني: العامل والمالك- كأن تضارب امرأة امرأة أخرى فاشترت زوجهما؟ قيل: ينفسخ نكاحهما جميعاً. (قرير).

---

[١] إلا بتجديد عقد. (قرير).

=

تضاربه امرأة فاشترى زوجها[١]، أو رجل فاشترى زوجته[٢]، فإن اشترى العامل زوجة نفسه فكذا[٣].

(والمخالفة في الحفظ[٤]) كالسفر والنسيئة والمكان لا ينعزل بها **(إن سلم[٥])** المال، وإن خالف فيما يتعلق بالضمان انعزل، وقد تقدم تفصيل ذلك.

(وإعانة المالك له في العمل[٦]) من بيع وشراء لا ينعزل بها العامل، ذكر ذلك السادة.

قال في التفريعات: وإذا قبض المالك شيئاً على صفة رأس المال بطلت

(*) مطلقاً، سواء كان ثم ربح أم لا. (قرر).

(١) والخلاف في النكاح كالخلاف في العتق. (كواكب).

(٢) ولا مهر للزوجة إذا كان قبل الدخول. (بيان). لأن الفسخ من جهتها حكماً. (بستان). لا بعده فيلزم، ولا رجوع على العامل؛ لأنه قد اعتاض. فإن كان بعد خلوة فقط لزم المهر، ورجع به على العامل؛ لأنه غرم لحقه بسببه ولم يكن قد اعتاض. (قرر). ينظر لو كان قبل الدخول وبعد الخلوة.

(*) انفسخ النكاح. (غيث).

(٣) من غير فرق بين الربح وعدمه. (قرر).

(٤) والفرق بين باب الحفظ وباب الضمان: أن في باب الحفظ لم يعزله عن التصرف، ولكنه أمره بالبيع مع الحفظ، بخلاف باب الضمان فإنه قد عزله عن التصرف فيما نهاه عن التصرف فيه. (تعليق).

(٥) حذف المؤلف قوله: «إن سلم»؛ لأن عبارة الأزهار توهم أنه إذا تلف شيء من المال بطلت المضاربة؛ إذ قيد عدم البطلان بسلامة المال، وليس كذلك مع المخالفة في الحفظ، بل توجب الضمان، كما ذكره المؤلف. (شرح بهران).

(*) فإن تلف بعض المال لم ينعزل في الباقي، وضمن التالف وانعزل في قدره، فمتى سلم ضمانه لم يتصرف فيه إلا بتجديد مضاربة. (حاشية سحولي) (قرر).

(٦) بإذنه. (بيان) (قرر). وإلا كان عزلاً مع النية ولم يكن ثم ربح.

(*) وإذا غبن المالك كان للعامل نقضه.

المضاربة[١] فيه. وكذا عن الحنفية.

(ولا) ينعزل **(بعزله والمال عرض[٢] يجوِّز الربح فيه[٣])** أما مع تيقن أن لا ربح فيه فله العزل، ولكن[٤] ليس له أن يجبره على بيعها[٥] فوراً.

قال المنصور بالله: يمهل مقدار أربعين يوماً. قال الفقيه يحيى البحيبح: ويأتي للمذهب مقدار وعدين[٦].

---

(١) والمذهب لا تبطل. (بحر معنى).

(*) قال في البحر: المذهب خلافه.اهـ قال في الطراز: إن قبضه بنية العزل انعزل، أو تصرف لنفسه فكذا أيضاً، وإلا فلا. وعن سيدي المفتي أنه لا ينعزل مطلقاً. ومثله في البيان والتذكرة.

(٢) أو نقد يجوز الربح فيه، حيث كان من غير جنس رأس المال. (قررو). [وفي حاشية: أو نقد لا على صفته. (قررو). يعني: صفة رأس المال].

(٣) في المدة المعتادة، كالموسم والوعد ونحوه. (حاشية سحولي لفظاً).

(*) فإن جوز الربح في بعضه انعزل فيما لا يجوز. (قررو).

(٤) عطف على قوله: «يجوز الربح فيه».

(٥) هذا الكلام حيث المال عرض يجوز الربح فيه ثم تفاسخا لم يلزمه التعجيل، بل يمهل كما ذكره في البحر.

(*) حيث كان فيه ربح.

(٦) والصحيح أنه يمهل إلى نفاق السلع من غير تقييد، ما لم يضر بالمالك.

(*) الصحيح ما رآه الحاكم. (تذكرة).

(فصل): في أحكام المضاربة الفاسدة

(وفسادها(١)**)** على ضربين: أصلي وطارئ، أما **(الأصلي**(٢)**)** وهو الموجود

---

(١) وأما الباطلة فلا شيء له من الربح. (هداية معنى). كأن يدفع إليه مالاً يشتري به خمراً أو خنزيراً أو نحو ذلك مما لا قائل به؛ لانحرافه عن مسالك الشرع. (هامش هداية).

(٢) وإذا تلف المال بأمر غالب فله الأجرة[١] إلى وقت التلف يسلمها المالك، وإن كان بأمر غير غالب فهو ضامن له، وله الأجرة إلى وقت التلف، ويتقاصان. (عامر) (قررو).

(*) **فائدة**: إذا أعطاه مالاً على وجه المضاربة ليربحه كل شهر شيئاً معلوماً فهذه مضاربة فاسدة[٢]، ما حصل من ربح فللمالك، وعليه أجرة العامل على عمله ولو لم يحصل ربح، فإذا كان يعطيه ما شرط عليه جاز إذا كان قدر الربح أو أقل، أو أكثر إذا كان من غير جنسه، لا إن كان من جنسه فلا يحل له الزائد، وكل هذا ما دام المال باقياً في يد العامل يتجر فيه، فإن أتلفه صار ديناً عليه للمالك، ولا يحل له ما يربحه من بعد، ولا حيث لم يتجر فيه، أو اتجر ولم يربح. (كواكب، وبيان). وفي البحر: **مسألة**: ولو شرط على العامل كذا ربحاً كان ربا[٣]، فلا يملك. المؤيد بالله: ولو وهبه إياه إذا كانت في الضمير لأجل الشرط؛ إذ الأعمال بالنيات. (بحر بلفظه). لا تنافي بين كلام البيان وكلام البحر، فكلام البيان مع أمره بالتجارة، فتكون مضاربة فاسدة، وكلام البحر لم يذكر التصرف، وإنما أراد قدر ما شرط له سواء كانت الدراهم باقية أم تالفة. فيحقق، ومثله في الكواكب. (انتهى من خط سيدنا حسن الشبيبي). وكلام الكواكب ما لفظه: قوله: «ولو أعطاه مالاً ..إلخ» يعني: على سبيل القرض فيكون ما يربحه فيه ربا، فأما إذا أعطاه إياه على وجه المضاربة إلى آخره. (باللفظ).

---

[١] ينظر في الأجرة؛ لأنه قد تقدم في الإجارة للفقيه علي في بعض الحواشي في البيان: أنه لا شيء له؛ لأنه بطل عمله قبل التسليم، فيكون هنا مثله، والله أعلم. وقد اختير قول الفقيه علي في الغالب؛ لأنه لا يضمن. ولفظ البيان: **فرع**: فلو استوت قيمته في الحالين، أو كان تلفه بأمر غالب بحيث لا يجب ضمانه – فقال الفقيه علي: لا تجب أجرة. وقال في التفريعات: بل تجب. (بلفظه). الوجوب في غير الغالب. (قررو). وعدم الوجوب في الغالب.

[٢] فساداً أصلياً. (قررو)

=

من عند العقد، نحو أن يشرط صاحب المال ....

....

----

[٣] وإذا كان ربا كان حكم المال في يده حكم ما فسد من البيع لأجل الربا، حرام باطل، وقد ذكر في التذكرة أنه لا يطيب ربحه وخراجه. وفي حاشية في بيان حثيث: يكون كالغصب إلا في الأربعة، وأما العامل فلا يستحق أجرة، وكلام البيان يخالفه، فيتأمل. ولفظ البيان: **مسألة**: ومن دفع إلى غيره مالاً ليربح فيه كل شهر قدراً معلوماً، فإن كان أعطاه إياه ليتجر فيه على ذلك الشرط فهذه مضاربة فاسدة [فساداً أصلياً. (قرير)]، له ربح ماله، وعليه أجرة العامل ولو لم يحصل ربح، ومتى استهلك المال ضمنه [ويصير ديناً عليه. (قرير)] ولا ربح لمالكه من بعد.

فرع[أ]: وإذا كان يعطيه ما شرط له على وجه الصلح عن الربح جاز إذا كان مثله أو أقل، لا أكثر[ب] إن كان نقداً، وإن كان من غير النقد جاز[ج]. وحيث لا ربح لا يحل له ما أعطاه مطلقاً.

فرع: وإن كان أعطاه المال قرضاً أو مضاربة ثم استغرق[د] المال كان ما يعطيه ربا، فلو قال عند تسليمه إليه: أنا لا آخذه إلا أن تهبه لي، فوهبه له أو نذر به عليه وفي ضميره أنه لأجل الشرط الأول - لم يحل له، ذكره المؤيد بالله؛ لأن الهبة ونحوها ليست من عقود المعاوضات[هـ] [بل من عقود التبرعات] فكان المضمر فيها كالمظهر، بخلاف عقود المعاوضات كالبيع والشراء والإجارة فهي تنصرف إلى اللفظ، ولا حكم للضمير فيها عند المؤيد بالله. (بيان لفظاً). والمذهب أن المضمر كالمظهر عند الهدوية.

[أ] وهذا الفرع يدل على أنه يصح شرط الربح للمالك جميعه كما مر.

[ب] حيث وقع عقد بيع أو صلح، وإن لم يقع شيء كان معاطاة. (قرير).

[ج] لأنه صالحه من غير جنسه، وهذا يؤذن أن لفظ الصلح غير معتبر. (مفتي).

[د] أما القرض فلا يحل له مطلقاً سلم المال أو تلف. (قرير). [د] هذا قيد في المضاربة، لا في القرض. (قرير).

[هـ] يعني: لو قيل: أليس المؤيد بالله يقول: لا حكم للضمير، فلم أثبت له حكماً هنا؟ فأجاب الكني والفقيه يحيى البحيبح بما ذكره في الكتاب: أن الهبة عقد تبرع لا عقد معاوضة، فهو ضعيف، والمضمر فيه كالمظهر، وكذا في النذر والصدقة. وقال أبو مضر: يكونان قولين للمؤيد بالله في الكل. (بستان).

أو المضارَب لنفسه[١] قدراً من الربح، أو غير ذلك من وجوه الفساد[٢] التي تقدمت، فإن هذا الشرط **(يوجب)** للعامل **(أجرة المثل[٣])** على عمله **(مطلقاً)** أي: سواء كان ثم ربح أو لا، والربح لرب المال، والخسر عليه.

(و)أما فسادها **(الطارئ)** نحو: أن يتجر في غير الجنس الذي عينه له المالك، ثم أجاز[٤]- فإنه يستحق بعد المخالفة **(الأقل منها[٥])** أي: من أجرة المثل **(ومن المسمى[٦])**، وقبل المخالفة يستحق المسمى؛ لأنها صحيحة حتى خالف.

(١) **فرع**: فإن شرط العامل أن ينفق على عياله ونحوهم من مالها، أو على نفسه في الحضر - فسدت؛ لأنه يؤدي إلى أن يستغرق الربح له وحده، إلا أن يقول: مما زاد على كذا من الربح صح .(بيان).

(٢) كجهالة الحصة من الربح.

(٣) لأنه مأمور بالعمل؛ فلذا استحق أجرة المثل.

(٤) حيث أضاف إليه.

(*) الفقيه حسن أخذ من هذا أن الإجازة تلحق العقود الفاسدة.

(٥) لئلا تكون حالته مع المخالفة أبلغ من حالته مع الموافقة.

(٦) هو حصته من الربح.

(*) فإن نسي المسمى؟ يقال: يلزم الأقل مما سمي لمثله وأجرة المثل.

(*) فإن قيل: إنه فضولي في شراء ما نهي عنه، فكيف يستحق أجرة؟ فالجواب: أنه ما دخل في ذلك من أصله إلا طلباً للعوض، وليس هو متبرعاً، فإذا اشترى ما نهي عنه فكأنه قد عقد عقدين موقوفين على إجازة المالك، وهما: الشراء، والإجارة لنفسه على الشراء وعلى بيع ما اشترى، فإذا أجاز المالك فكأنه أجازهما معاً، ذكر ذلك في الوافي. وهو يدل[١] على أن الإجازة تلحق العقد الفاسد[٢]، خلاف ما ذكره المؤيد بالله. (كواكب). قال في شرح الأثمار عن الإمام شرف الدين: فيلزم عليه جميع أجرة المثل، ولا قائل به، ويلزم في الفضولي كذلك، فيكون أجيراً ووكيلاً مع الإجازة.

---

[١] إن قيل: لا وجه للمأخذ؛ لأنه لم يكن هنا عقد إجارة لا صحيح ولا فاسد، وإنما هو من الأمور الضمنية، كأعتق عبدك عن كفارتي، فينظر. (إملاء).

[٢] ووجه الفساد أنه تولى عقد الإجارة وهو وحده.

وإنما يستحق الأقل من المسمى وأجرة المثل **(مع الربح فقط**[١]**)**.

وقال الشافعي ومحمد: إنه يستحق أجرة المثل فيهما.

(و)الفساد الأصلي والطارئ **(يوجبان)** على العامل **(الضمان)** لما تلف تحت يده؛ لأنه يصير فيهما كالأجير المشترك **(إلا للخسر**[٢]**)** فهو غير مضمون عليه[٣].

---

(١) لئلا يكون حاله مع المخالفة أبلغ منه مع الموافقة؛ إذ لا يستحق مع الموافقة إلا حصته من الربح، وحيث لا ربح فلا شيء له. (حاشية سحولي).

(*) والمراد بالربح أن يرد المال إلى المالك وفيه ربح، ولا عبرة بما كان قد حصل من الربح ثم بطل بالخسر، فلا يستحق أجرة حيث حصل خسران من رأس المال، أو رد قدر رأس المال فقط، فلو كان قد قبض الأجرة ثم انكشف عدم الربح وجب عليه الرد. (حاشية سحولي) (قرر).

(*) وأما مع عدمه فلا يستحق شيئاً؛ لأنها وكالة صحيحة.

(*) قيل: العبرة بوجوده يوم الشراء. (وابل). أو أخذه متربصاً به الغلاء؛ كدخول وقت الموسم. (قرر).

(٢) لأنه لم ينقص من عينه شيء، وإنما هو للرغبة إليه وعدمها. (بيان).

(*) وإن ضُمِّنَ ضَمِنَ.

(*) عبارة الأزهار في قوله: «إلا للخسر» تحتمل أن يكون نقصان السعر أو الجفاف فلا يضمن ولو ضمن، وإن أراد تلف بعض المال كالحريق ونحوه فلا يضمن إلا أن يضمن. (سماع سيدنا زيد بن عبدالله الأكوع) (قرر).

(٣) قيل: إنه غير مضمون عليه ولو ضمن. (عامر). كالغاصب إذا ضمن السعر فهو غير ضامن.اهـ وقيل: يضمن مع التضمين، يعني: الغرق ونحوه، لا السعر فلا يضمنه.اهـ ولفظ حاشية: وأما الجفاف ونقصان السعر فينظر. قرر الشارح عدم الضمان فيهما.

(**فصل**): **في حكم المضاربة إذا مات رب المال أو العامل وإذا اختلفا**

(وتبطل) المضاربة **(ونحوها)** وهو الإيداع والإعارة(١) والوكالة والشركة، تبطل كلها **(بموت المالك(٢)، فيسلم العامل(٣))** إلى الوارث(٤) **(الحاصل)** معه **(من نقد(٥) أو عَرْضٍ(٦))** حيث **(تيقن(٧) أن لا ربح فيه(٨))** ويجب عليه

---

(١) المطلقة، لا المؤقتة قبل انقضاء الوقت؛ إذ تصير بموت المالك قبل انقضاء الوقت وصية، كما يأتي في العارية. (قرير).

(٢) وردته مع اللحوق، وجنونه وإغمائه.

(*) وكذا الوصي والولي.

(٣) وإذا احتاج إلى مؤنة فمن ماله[١].اهـ كما ذكره الفقيه علي في اللقطة. وقيل: لا يجب من ماله.

(٤) إن لم يكن ثم وصي. (قرير). ولا فرق بين أن يكون الورثة صغاراً أو كباراً. (قرير).

(٥) مطلقاً.

(٦) العَرْض: ما ليس بنقد، ذكره في الضياء. وعن غيره: العروض: هي الأمتعة التي لا يدخلها كيل ولا وزن، ولا يكون حيواناً ولا عقاراً. (صعيتري).

(٧) أو ظن.

(*) عند الموت. (كواكب).

(٨) في الحال، ولا يُـجَوَّزُ قبل الموت حصول الربح فيه في المدة المعتادة، فلو كان المال عروضاً ومات المالك ولا ربح حاصل فيها، ولا يجوز في المعتادة، ثم بعد الموت حصل ربح[٢]- فلا شيء للعامل منه في الأصح. أما لو مات المالك وفي السلع ربح معلوم أو مجوز فإنه يستحق العامل حصته من الربح جميعه إلى وقت رد رأس المال. (حاشية سحولي لفظاً) (قرير).

---

[١] بما لا يجحف. (قرير).

[٢] نحو أن تزيد قيمة العروض بعد الموت. (غيث). ومثله في البيان، ولفظه: **فرع**: فلو حصل الربح بعد الموت، نحو أن يكون المال عروضاً فزادت قيمتها بعد الموت- فقال السيد يحيى: له حصته من الزيادة. وقال الأمير المؤيد: لا شيء له فيها. (بلفظه). لأنه قد انعزل بالموت.اهـ وهذا إذا لم تكن الزيادة موجودة.

تسليمه **(فوراً)**(١) لأنه قد انعزل ولم يبق له فيه حق **(وإلا)** يسلمه فوراً(٢) **(ضمن(٣))** لأنه يصير كالغاصب، من حيث إنه ليس بمأذون بالإمساك، هذا إذا كان الورثة حاضرين(٤)، فإن كانوا غائبين(٥) فله إمساكه بإذن الحاكم(٦) إن كان.

(ولا يلزمه البيع) لو طلب الورثة منه أن يبيع السلع(٧).

(ويبيع بولاية(٨)) من الورثة(٩) أو من الحاكم **(ما)** كان ....

---

(١) مع التمكن من الرد. (قرر).

(٢) وحد الفور التمكن. (قرر).

(٣) قال في الأثمار: «غالباً» احتراز من أن لا يمكنه الرد لخوف أو نحوه [فلا ضمان].

(٤) في موضع الابتداء. وقيل: في البريد. هذا اختيار سيدنا عبدالله دلامه[١] رحمه الله. وقيل: البلد وميلها.

(*) كباراً أو بعضهم؛ لأن لكل واحد ولاية كاملة.

(٥) أو صغاراً ولا وصي. (قرر).

(٦) فإن لم يكن حاكم وجب عليه الإمساك حتى يرده.اهـ وقيل: من صلح من المسلمين. (قرر).

(٧) حيث لا ربح فيها. (قرر).

(٨) وجوباً. وقيل: إن أحب.

(*) فإن امتنع الوارث من الإذن أجبر على البيع [عليه (نخ)]؛ إذ لا يظهر الربح إلا به[٢]. (بحر معنى). قال الفقيه يحيى البحيبح: ويكفي الإذن من أحدهم.

(٩) حيث لا وصي. (قرر).

(*) وللورثة أن يأخذوها بالأولوية[٣] بالقيمة أو بما دفع[٤] فيها إن كان أكثر من القيمة. وأما ورثة العامل فقيل: الأقرب[٥] أنهم لا يأخذون بالأولوية[٦]؛ لأنه في التحقيق وكيل، والوكيل ليس له ذلك [وكذا ورثته]. (غيث)[٧].

---

[١] وهو المذهب؛ لأنه حق لآدمي، ويؤيده ما سيأتي في الوديعة في قوله: «وما عينه رد فوراً». وكما في ورثته في قوله: «وبموت العامل» إلخ.

[٢] أي: بالبيع.

[٣] لا يتصور أولوية إلا إن باع الوصي لقضاء الدين كما سيأتي. (قرر). ولكن يأخذها الوارث بما دفع. (قرر).

[٤] وفي البيان: بما دفع لا بالأقل، فيأخذونه بالأكثر من المدفوع أو القيمة؛ لأن للعامل حقاً في الزيادة.

[٥] وقيل: لهم ذلك. (قرر). واختاره مولانا المتوكل عليه السلام.

[٦] وفي الفرق نظر؛ لأن ورثة العامل أولى بنصيبهم، وورثة المالك أولى بنصيبهم.

[٧] لفظ الغيث على قوله: «ولا يلزمه البيع»: وهل له أن يأخذ السلع بالأولوية؟ ينظر، الأقرب أنه لا يأخذ بالأولوية؛ لأنه في التحقيق وكيل مفوض، والوكيل ليس له ذلك.

=

(فيه ربح[١]**)** ولا يلزمه تسليمها إلىٰ الورثة؛ لأن له فيها شركة، بل إليه بيعها بولاية، ذكر ذلك ابن أبي الفوارس.

وقال أبو العباس: إذا كان فيها ربح لم يحتج إلىٰ إذن ولا حاكم.

قال الفقيه محمد بن سليمان: الصحيح قول ابن أبي الفوارس.

وقال السيد يحيىٰ بن الحسين في الياقوتة: الصحيح كلام أبي العباس.

(و)يجب أن يمهل و**(لا يلزمه التعجيل)** للبيع، قال المنصور بالله: يمهل أربعين يوماً، وقال الفقيه يحيىٰ البحيبح: قدر وعدين[٢].

تنبيه: قال في الانتصار: فإن قال الوارث: «قد أقررتك علىٰ المضاربة» لم تصح المضاربة بهذا، بل لا بد من تجديدها[٣] في نقد؛ لأنها قد انفسخت بالموت.

(و)تبطل المضاربة أيضاً **(بموت العامل**[٤]**)**، و**)**يجب **(علىٰ وارثه)** كما يجب

(*) فإن كان الوارث غائباً أو غير مكلف ولا وصي ولا حاكم فلعل الصلاحية كافية علىٰ أصل أهل المذهب. (شرح أثمار).

(١) عند الموت، ولا عبرة بما حصل بعد الموت. (قرير). أو متربص به الغلاء كدخول وقت الموسم فله حصته مما يحصل من الربح. (غيث معنىٰ). ولفظ حاشية السحولي: أما لو مات المالك وفي السلع ربح معلوم أو مجوّز فإنه يستحق العامل حصته من الربح جميعه إلىٰ وقت رد رأس المال. (باللفظ) (قرير).

(٢) المراد بالوعد الأسبوع.

(*) قلت: الأقرب أنه موضع اجتهاد، فيختلف بحسب اختلاف المال والسوق وغير ذلك. (بحر). ولفظ حاشية: بل قدر ما تنفق فيه السلعة. (قرير). وتقرير هذا هو الموافق لما تقدم.

(*) والمختار ما رآه الحاكم. (تذكرة).

(٣) بعد القبض، أو يقول: قد ضاربتك فيها بعد قبضها.اهـ لا يشترط ذلك كما تقدم.

(٤) والوديع، والوكيل، والمستعير، والشريك. (يحيىٰ حميد).

(*) لا موت أحد العاملين فلا يبطل. (حثيث). سيأتي في الوكالة في قوله: «ولا ينفرد أحد الموكلين معاً» يعني: فتبطل بموت أحدهما. (قرير).

=

عليه لو مات المالك **(و)** يثبت **(له كذلك)** أي: ما ثبت للعامل لو مات المالك، فإذا كان العامل قد عين مال المضاربة قبل موته لزم رد النقد والعرض الذي تيقن عدم الربح فيه فوراً، وإلا ضمن كما تقدم[١]، ذكر معنى ذلك القاضي زيد وأبو مضر.

قال الفقيه: يحيى البحيبح[٢]: هذا ضعيف، والصحيح[٣] أنه لا يجب على الورثة حفظ ولا رد[٤]، إلا أن ينقلوا وجب الحفظ، ولا يجب الرد إلا أن يطالبوا[٥]، ويجب عليهم إعلام المالك، ولو امتنعوا من الرد قبل النقل فلا ضمان.

(فإن أجملها الميت[٦]) بأن أقر بها على سبيل الجملة، نحو أن يقول: معي لفلان مال مضاربة[٧]، ولا يذكر جنسها[٨] ولا عيَّنها[٩] **(فدين[١٠])** أي: في

(*) أو جنونه، أو إغمائه، أو ردته وإن لم يلحق؛ لئلا تكون مضاربة مسلم لكافر.

(١) ولا يجب عليهم الرد إلا في الميل، وهكذا في ورثة الوديع، وكل أمانة، كما يلقيه طائر أو ريح إلى آخره.اهـ بل يجب عليهم الرد وإن بعد، وكذا في الوديعة وكل أمانة. (قرير).

(٢) والفقيه علي. (بيان).

(٣) قوي. (مفتي). واختاره المؤلف، ومثله في شرح الفتح والأثمار، وقواه عامر الذماري والهبل.

(٤) وهكذا في العارية والوديعة وكل أمانة على هذا الخلاف.

(٥) وجبت التخلية.

(٦) أي: لم يعينها.

(٧) وإذا لم يذكر قدراً، بل قال: مال مضاربة - طُلِبَ من الورثة تفسيره، وإن لم يعلموا لزم الأقل مما له قيمة في القيمي، ولا يتسامح به في المثلي.اهـ بل الأولى أن يلزم أقل ما تنعقد به المضاربة، وهو ما يحصل معه الربح. (سماع). مما يليق به.

(٨) بل ولو ذكر جنسها وقدرها فهي دين، كما في الوديعة، ما لم يعينها بعينها، فإذا عينها وجب تسليمها، ولا تكون كسائر الديون. (قرير).

(*) لا فائدة لذكر الجنس؛ لأنه إذا لم يعينها بعينها فهي مجملة وإن ذكر جنسها وقدرها، كأن يقول: علي له مائة درهم. (قرير).

(٩) بالتشديد، وهو المصحح في الشروح القديمة. والمراد أنه لم يذكرها بوصف تميز به عن سائر ما تحت يده مع ذكر قدرها.اهـ وأما بغير تشديد فلا يستقيم؛ إذ يوهم أنه مع ذكر الجنس والقدر ليس بإجمال، وليس كذلك.

(١٠) قال أصحابنا: إنما يصير ديناً في هذه الحالة لأنه إذا لم يبينه مع إمكانه صار مضيعاً، =

حكم الدين الذي يقر به على هذه الصفة، فيكون رب المال أسوة الغرماء في ذلك، وكذا إذا كان الإقرار من الورثة على هذه الصفة فهكذا حكمه.

قال الفقيه محمد بن سليمان: وظاهر كلام أهل المذهب أن إقرار الورثة يصح ولو كان على الميت دين مستغرق.

وقال ابن معرف والفقيه يحيى البحيبح: لا يصح[١] إلا إذا كان لا يضر أهل الدين[٢].

وقال القاسم عليه السلام: إذا أجملها الميت قدم دين[٣] الغرماء على مال المضاربة.

وقال الشافعي ومالك: لا شيء في ماله لمال المضاربة.

(وإن أغفلها) الميت فلم يذكرها بنفي ولا إثبات، وكانت قد ثبتت عليه ببينة[٤]

بمنزلة من جعله في غير حرز، فوجب أن يضمنه، ومتى ضمنه صار ديناً عليه. (غيث).

(١) ومثله في التذكرة والبيان، ويكون موقوفاً على إقرار أهل الدين بهذا الدين الذي أقر به الوارث.اهـ ولفظ حاشية: بل يكون موقوفاً على الإيفاء أو الإبراء. (قرير).

(٢) فإن كان يضر أهل الدين لم يصح الإقرار، ولعل للمقر له أن يطالب الوارث ويضمن قدر نصيبه[١] منها إذا كان قد قبضها، أي: التركة. (حثيث) و(قرير).

(*) مع اتساع التركة. (قرير).

(٣) ووجهه أن الدين مضمون، ومال المضاربة غير مضمون. (بستان[٢]).

(٤) بالدفع إليه. (حاشية سحولي).

(*) بعد الموت، أي: قامت البينة على الوارث بعد جحوده لها أن مع الميت مال مضاربة، وبعد البينة يحلفون ما يعلمون بالبقاء، ولا كونه جنى ولا فرط، وبعد ذلك لا شيء عليهم بعد اليمين. لا على العامل، يعني: إذا قامت عليه البينة بعد جحوده لها؛ لأنه يكون غاصباً، كالوديعة إذا جحدها. (قرير).

(*) يعني: على إقراره بأن هذا مال المضاربة، كما ذكر في تعليق الصعيتري؛ إذ لو لم يعينوا كان كما لو أجملها، وقد تقدم.

---

[١] أي: نصيب مال المضاربة.

[٢] لفظ البستان: وحجة القاسم أن دين الغرماء مضمون من الأصل لا مال المضاربة.

أو بإقرار الورثة(١)، لكن لم يقروا ببقائها(٢) **(حكم)** فيها **(بالتلف(٣))**.

قال الفقيه محمد بن يحيى: ظاهر كلام شرح التحرير(٤) أنه يحمل على السلامة، وأنه ما سكت إلا وقد ردها.

قال مولانا عليه السلام: أو تلفت عنده(٥). وهكذا عن أبي العباس.

وقال المؤيد بالله: بل الأصل بقاؤها في يده(٦). وحكاه في شرح الإبانة عن عامة أهل البيت، قال: لأنه بترك البيان جان مع العلم مفرط مع النسيان(٧)، والظاهر البقاء(٨). أما لو كان إقراره بها قبيل الموت بوقت يسير لا يجوز فيه رد

---

(١) أو بإقرار العامل.

(٢) بل قالوا: لا نعلم حكمها.

(٣) حيث لا إقرار ولا بينة إلى عند الموت. (قرير).

(*) وهذا مع عدم البينة؛ إذ لو بين حكم بالبقاء إلى الموت[١]. (شامي).

(٤) لأبي طالب، وأما في شرح القاضي زيد فمخالف لهذه الرواية.

(٥) على وجه لا يضمن. اهـ فإذا أراد رب المال أن يحتاط في ماله أشهد على[٢] العامل أنه إذا مات ولم يدَّع رداً ولا تلفاً أن قول المالك مصدق في بقاء ماله، فيكون هذا وصية عند أبي طالب. وأما عند المؤيد بالله فهو لازم من غير هذا. وإن أراد زيادة في الاحتياط أشهد على[٢] العامل أنه إن كان في معلوم الله أنها لا تحصل بينة بدعواه بالرد أو التلف أنه قد ألزم نفسه ونذر على المالك بمثل ما يدعي أنه لم يصل إليه من مال المضاربة، ثم يقول المالك: قد أبرأتك مما ألزمت إن كان في معلوم الله أني أدعي دعوى أعلمها كاذبة. (من خط مصنف البستان من هامش البستان) (قرير).

(٦) واختاره المفتي والإمام شرف الدين والمتوكل على الله.

(*) وهكذا الخلاف في العارية والوديعة وكل أمانة. (بيان بلفظه) (قرير).

(٧) قلنا: الحمل على السلامة يمنع التفريط. (بحر).

(٨) وهذا مروي عن علي عليه السلام، وكذا عن الهادي وأحمد بن سليمان عليهما السلام، وقواه في البحر والأثمار. اهـ وقواه المفتي أيضاً.

---

[١] لفظ الحاشية في نسخة: إذ لو بين بالبقاء إلى الموت حكم به.

[٢] هكذا في هامش البستان، وفي الزهور: أشهد العامل.

ولا تلف فاتفاق أن الظاهر البقاء إلى بعد الموت(١).

(وإن أنكرها الوارث) أي: أنكر المضاربة **(أو)** أقر بها لكن **(ادعى تلفها معه(٢))** قبل أن يتمكن من الرد **(فالقول له، لا)** إذا ادعى الوارث أنها تلفت **(مع الميت أو كونه ادعاه(٣))** أي: أن الميت ذكر أنها تلفت معه **(فيبين(٤))**

---

(١) ولا تصح دعوى الرد من الوارث أنه قد ردها، وكذلك في الوديعة.اهـ وهكذا في كل أمانة بعد موت من هي في يده. (شرح بهران، وبحر).

(٢) عكس ورثة المرتهن[١]، والفرق بين ورثة المرتهن والمضارب أن ورثة المضارب يسقطون الضمان عن التركة، وأما الرهن فهو مضمون وإن تلف، وكان القول قولهم لأن مقتضى الرهن وجوب الضمان بعد الموت[٢]. (شرح فتح).

(*) قبل إنكاره مال المضاربة.

(٣) أو رده. (بيان معنى).

(٤) حيث له تركة، وإلا فلا تسمع دعواه.

(*) لأن هذه دعوى، ولم قد تصر في أيديهم -أي: في أيدي الورثة- فيصيرون أمناء، فلا يقبل قولهم حينئذ في كونه ادعى التلف، بل لا بد أن يبينوا على دعوى التلف وأنه حلف، وإلا حلفوا أيضاً حيث لم يبينوا على أنه حلف، ولا تسمع بينة الورثة بالتلف بعد إنكارهم أصل المضاربة. (نجري).

(*) وهذا على قول المؤيد بالله، والصحيح أن القول قول الوارث على ما يأتي في الرهن، والبينة على المالك مطلقاً. (مفتي، وحثيث). ولفظ حاشية السحولي: قيل: بنى هذا على قول المؤيد بالله، وأما على قول أبي طالب فالقول قولهم كما سيأتي في ورثة المرتهن، وقول أبي طالب هو المختار هنا وهناك. وقد يفرق بأنهم هنا يدعون بتلفها معه عدم الضمان من التركة[٣]، إلا أن ظاهر المذهب قبول قولهم هناك وإن لم يكن للميت تركه؛ فيسقط الفرق. (حاشية سحولي لفظاً).

---

[١] وقيل: إنه يكون مثل ما في الرهن، فيكون مطلقاً مقيداً بما في الرهن. (حاشية سحولي).

[٢] يبطل هذا الفرق حيث لا تركة، ولعله في الجملة. (مفتي).

[٣] فوجب عليه البينة، وما سيأتي يدعون التلف معه فالضمان في التركة.

=

الوارث على ذلك.

(و) أما الاختلاف فإذا اختلف العامل ورب المال فالبينة على العامل في ثلاث مسائل، و**(القول للمالك)** فيها: الأولى: **(في كيفية الربح)**[١] يعني: إذا اختلفا فيه فقال العامل: وضعت لي نصف الربح[٢]، وقال المالك: بل ثلثه أو ربعه، فالقول قول المالك.

(و) الثانية: **(نفيه)** أي: نفي الربح **(بعد)** قول العامل: **(هذا مال المضاربة[٣])** ثم قال: **(وفيه)** كذا **(ربح[٤])**، فقال المالك: ما فيه شيء من الربح - كان القول قول المالك.

(و) الثالثة: القول له **(في أن المال قرض أو غصب)** فيضمن التالف[٥]، وقال

(*) هذا على أصل المؤيد بالله؛ لأنه يقول: الأصل البقاء. فأما على قول الهدوية فالقول قول الوارث، كما يأتي في الرهن. (قرر). والمختار أن القول قول الوارث سواء ادعى تلفها معه أو مع الميت. (قرر).

(١) حيث لا عادة بقدر معلوم في الناحية، وإلا كان القول قول من وافق العادة. (عامر) و(قرر).

(*) لا إذا ادعى المالك أنه لا شيء له؛ لأن من لازم المضاربة أن يكون للعامل شيء من الربح، فيكون القول للعامل.

(٢) ينظر لو ضارب المضارب مضارباً آخر لمن القول؟ الظاهر أن القول للأول. (قرر).

(٣) مع عدم المصادقة على قدره. (قرر).

(٤) أما لو قال العامل: هذا مال المضاربة بربحه قبل قوله.اهـ لأن «الباء» للمصاحبة والملاصقة. أو يقول: هذا بعضه رأس مال المضاربة وبعضه ربحه، كان القول قول العامل سواء وصل أم فصل. (بيان معنى).

(*) لأن قوله: «هذا مال المضاربة» إقرار، وقوله: «وفيه ربح» دعوى لا تقبل. (نجري).

(*) حيث كان عارفاً لمعنى هذا اللفظ. (قرر). ومثله للمفتي فيما تقدم في البيع في قوله: «ولمنكر قبضه وتسليمه كاملاً». (قرر). وكما تقدم في الشفعة في قوله: «ونفي الصفقتين بعد اشتريتهما» في أن القول قول الشفيع.

(٥) لأن الأصل عدم الولاية. (بحر).

العامل: بل هو معي قراض[١]، فالقول قول المالك. فأما العكس -وهو أن يقول العامل: هو قرض أو غصب فلا شيء لك في الربح، ويقول المالك: بل قراض -فهذا يحتمل أن يكون القول قول المالك[٢] ويحتمل أن يكون القول قول العامل[٣].

قال عليه السلام: وهذا أقرب عندي، وهو الذي اخترناه في الأزهار بقولنا: **(لا)** إذا ادعى المالك أنه **(قراض[٤])** وقال العامل: «بل قرض» فإن القول قول العامل. وقال الفقيه حسن: بل القول قول المالك.

(و)القول **(للعامل في[٥] رد المال[٦] وتلفه)** فإذا قال العامل: قد رددته إليك[٧]، أو قال: قد تلف، وأنكر المالك - فالقول للعامل، هذا **(في)** المضاربة **(الصحيحة فقط[٨])** سواء كان قبل العزل أم بعده، وأما إذا كانت فاسدة[٩] فالقول قول المالك في عدم الرد[١٠] وعدم التلف[١١].

---

(١) يعني: مضاربة.

(٢) قال في البيان: لأن الأصل بقاؤه على ملك المالك.

(٣) لأن الربح يتبع رأس المال. (غيث).

(*) لأن الأصل عدم المضاربة.

(٤) التعبير في تسمية هذا الباب بالمضاربة اصطلاح أهل الحجاز، والتعبير عنه بالقراض اصطلاح أهل العراق. (هامش هداية).

(*) وعلى الجملة فالقول لنافي القراض منهما. (قرير).

(٥) ثمانية أشياء.

(٦) ولو بعد موت المالك. (قرير). وسواء ادعى أنه رده إلى الورثة أو إلى المالك.

(*) ما لم يستأجره على الحفظ فيكون القول قول المالك.

(٧) وفي أنه اشترى السلعة لنفسه. (بيان). وذلك لأن السلعة في يده، ولأنه قد يشتري لنفسه وقد يشتري لمالها، ولا يعرف ذلك إلا بنيته، وهو أعرف بها. (بستان).

(٨) لأنه أمين.

(٩) سواء كان الفساد طارئاً أو أصلياً. (قرير).

(١٠) والبينة على العامل؛ لأنه ضمين.

(١١) لأنه يصير أجيراً مشتركاً.

(و) القول للعامل **(في قدره**(١) **وخسره**(٢) **وربحه**(٣)**)** فإذا قال العامل: قدر المال كذا، أو خسرت كذا، أو ربحت كذا، فخالف المالك - فالقول قول العامل، سواء كانت صحيحة أم فاسدة(٤).

(و) القول للعامل **(أنه**(٥) **من بعد العزل)** ذكره الفقيه حسن.

---

(١) أما في قدر المال فواضح؛ لأن المالك يدعي الزيادة. وأما في الخسر فلأنه في التحقيق يعود إلى الاختلاف في القدر، لأن العامل يقول: «هذا مالك كله، لكنه قد رخص سعره»، والمالك يدعي أنه ليس بماله كله، فهو يدعي الزيادة. وأما في الربح فهو يعود أيضاً إلى الاختلاف في القدر، وذلك واضح؛ فلهذا جعلنا القول للعامل في هذه الثلاثة سواء كانت صحيحة أم فاسدة، بخلاف الرد والتلف فشرطنا أن تكون صحيحة كما تقدم. (غيث) (قرر).

(٢) في الصحيحة؛ لأنه أمين؛ وأما إذا كانت فاسدة فلأنه من باب الأمر الغالب فقبل قوله، كالموت والعمى الذي لا تمكن البينة عليه. (كواكب) (قرر).

(*) إذا كان الخسر من قبيل الرخص، وأما إذا كان من قبيل التلف فقد تقدم.

(*) أما الخسر فلا يستقيم إلا إذا كانت صحيحة؛ إذ هو مع الفساد أجير مشترك إذا كان الخسر يتضمن نقصاً في المال، وأما إذا كان يتضمن نقصاً في السعر فقط فالقول قوله.

(٣) فإن قيل: ما فائدته في دعوى الربح في الفاسدة؟ قلنا: حيث الفساد طارئ.

(٤) هذا إذا كان الفساد أصلياً؛ لأنه يستحق أجرة المثل، وأما في الطارئ فعلى العامل البينة حيث ادعى أن الربح أكثر من أجرة المثل ليستحقها، وأنكر المالك زيادة الربح عليها فالبينة على العامل؛ لأنه يريد تغريم المالك؛ لأنه يستحق الأقل، نحو أن تكون أجرة المثل عشرة، والعامل يدعي أن الربح اثنا عشر، والمالك يقول: إن الربح ستة فقط، فالبينة على العامل؛ لأنه يدعي الزيادة. (عامر).

(٥) أي: الربح. اهـ وفائدته تملك الربح حيث اشترى إلى الذمة، ويتصدق حيث اشترى بعينه.

(*) **مسألة**: قال في هامش تذكرة الفقيه حسين الذويد: لو عزل المالك العامل والمال عرض يقطع أن لا ربح فيه عنده[١]، ثم غلت تلك العروض عنده، فقال العامل: عزلتني بعد حصول الربح فعزلك لا يصح، وقال المالك: قبل حصول الربح فيصح، فيحتمل أن القول للعامل؛ لأن حال التداعي وهناك ربح، ويحتمل أن القول للمالك؛ لأن الأصل أن المال يتبعه الربح، كما لو اختلفا في كون الربح قبل العزل أم بعده، ويحتمل أن يأتي على الأصل الأول أن الربح يتبع رأس المال.

---

[١] أي: عند العزل.

وقال في التفريعات: بل القول قول المالك.

(وفي نفي القبض[١] **والحجر**[٢] **مطلقاً)** أي: القول للعامل في نفيهما سواء كانت صحيحة أم فاسدة؛ لأن الأصل انتفاؤهما.

(و)القول **(لمدعي المال وديعة منهما**[٣]**)** فإذا ادعى العامل أن المال وديعة معه لا قرض ولا قراض[٤] كان القول قوله، وكذا لو ادعى المالك ذلك كان القول قوله[٥].

---

(١) يعني: قبض رأس المال. (شرح بهران).

(٢) بعد التصرف، لا قبله فدعواه حجر للعامل، فيكون القول قول المالك. (قرير).

(*) يعني: فيما ادعى المالك أنه منعه منه إذا كان بعد التصرف فيه لا قبله. (بيان) (قرير).

(٣) ولكل واحد منهما فائدة، وفائدة المالك أنه يستبد بالربح حيث ادعى أنه وديعة، وفائدة العامل يتقاسمان الربح حيث ادعى أنه مضاربة، وفائدة العامل حيث ادعى أنه وديعة أنه لا يلزمه بيعه حيث لا ربح. (سماع).

(*) إذا كان وديعة حفظ[١]، لا وديعة تصرف فالقول لمدعي المعتاد. (حاشية سحولي). ووديعة التصرف: أن تأمر رجلاً يأخذ لك شيئاً فادعى المضاربة، والمالك يدعي الوديعة، فالقول قوله. (سماع ذعفان).

(٤) وفائدة دعوى المالك القراض لزوم بيع السلع للعامل. (كواكب).

(٥) إن كان مراده وديعة للحفظ فقط فهو يستقيم أن القول قوله، لكن ينظر ما فائدة دعوى العامل للقرض؟ ولعل فائدته جواز التصرف. وإن كان المراد بالوديعة للتصرف فقد اتفقا في الإذن به واختلفا في العوض عليه، وهو المقاسمة في الربح، فيحتمل أن يرجع إلى عادة العامل هذا، فمن ادعى خلافها فعليه البينة، فإن لم تكن له عادة فالقولان: هل الظاهر في المنافع العوض أو عدمه، ويحتمل أن البينة على العامل؛ لأنه يدعي المقاسمة في الربح، والأصل بقاؤه على ملك المالك، فيكون كلام الكتاب مستقيماً على هذا الاحتمال الأخير. (كواكب).

---

[١] وذلك لأنه لا يدعي لنفسه حقاً. (هامش بيان).

[*] والمراد بوديعة الحفظ هو حيث أمره أن يأخذ بهذا المال شيئاً أمانة بغير أجرة ولا مضاربة فالقول قوله هنا.

(فصل[١]): في حكم اختلاط الأموال بعضها ببعض

(و)اعلم أنها **(إذا اختلطت[٢] فالتبست[٣] أملاك الأعداد[٤] أو أوقافها لا بخالط)** نحو: أن يختلط ملكان أو وقفان لشخصين أو لمسجدين، أو زكاة وغلة لمسجد، أو نحو ذلك[٥]، حتى لا يتميز ما لكل واحد منهما، ولم يكن ذلك بخلط خالط[٦]، بل برياح أو مَنْ لا تضمن جنايته من حيوان[٧] أو غيره[٨]،

---

(١) وهذا الفصل دخيل، وكان القياس دخوله في الشركة.

(٢) **تنبيه**: ومن الخالط الذي ليس بمتعد الإمام إذا خلط الزكاة بغيرها من بيوت الأموال لضرب من المصلحة، ثم يقسمها بين المستحقين؛ لأنها في الحكم كأملاك الله تعالى على ما ذكر فيما إذا اختلط ملك الله بملك الآدمي، ويقسم، وتكفيه النية في أن ما صار إلى مصرف الزكاة فهو منها وما صار إلى مصرف بيت المال فهو منه. وكذا لو خلطه بملكه، كما ذكر المنصور بالله أن لمتولي المسجد أن يخلط غلات المسجد على غلاته تحرياً للصلاح، ولا يضمن إن تلف. (من شرح ابن لقمان على البحر) (قرز).

(*) أو التبست من دون خلط. (قرز).

(٣) **مسألة**: ومن اشترى عبدين لشخصين فالتبس ما لكل واحد منهما ملكهما كالخالط. (بحر لفظاً). يقال: إن كان قد أمكنه التمييز وفرط ملكهما ولزمته القيمة، فيقتسمانها، وإلا قسما وبين مدعي التعيين. (قرز).

(٤) المعلومين، وإلا فلبيت المال. (قرز).

(*) وكان حصة كل واحد ما له قيمة، وإلا فلبيت المال[1].

(٥) كبيت المال، أو فطرة، أو خراج، أو معاملة، أو كفارة، أو خمس.

(٦) أو خالط بإذنهم فإنه يكون الحكم بأنه يقسم. (قرز).

(٧) غير عقور، أو عقور وقد حفظ حفظ مثله. (قرز).

(*) أو اختلطت الحيوانات بعضها ببعض، كالنحل والقز. (حاشية سحولي) (قرز).

(٨) نحو بيت خرب، أو اهتزاز الأرض [أو سيل. (قرز)].

---

[١] هلا قيل: يسلم ما لا قيمة له، فينظر. يقال: إنما يجب عليه رد عينه، وقد تعذر بالاختلاط.

=

فإذا كان الخلط على هذه[١] الصفة **(قسمت[٢])** ....

(*) **مسألة**: وإذا وقف أرضاً من أراضيه وكتبها في ورقة ودفعها إلى وصيه ومات، ثم ضاعت الورقة والتبست الموقوفة بسائر أراضيه، ولم تعرف بعينها، فإن كان ضياع الورقة بغير تفريط من الوصي لـم يضمن، وصارت الأراضي لبيت المال[١]، وإن ضاعت الورقة بتفريط الوصي: فإن لم يكن قد قبض الأراضي لم يضمنها [وتصير لبيت المال] وضمن قيمة الورقة [مكتوبة]، وإن كان قد قبضها فإنه يملكها[٢] بالخلط، ويضمن قيمتها للورثة وللموقوف عليه على عدد الأراضي[٣]. (بيان بلفظه).

(١) فإن التبس مملوكة زيد بأم ولد لعمرو فالحكم أنه يحرم الوطء والبيع ونحوه عليهما جميعاً، ويكون الكسب لهما، والنفقة عليهما حتى يموت المستولد، ويعتقان، ويلزمهما السعي بقيمة الأدنى منهما لغير المستولد إن كان باقياً، ولورثته إن تقدم موته، فإن أعتق أحدهما ملكه بعد اللبس عتقا جميعاً، ولزمت السعاية لغير المعتق في أقل القيمتين، كما مر، وإذا كان المعتق غير المستولد سعيا للمستولد بقيمة الأدنى منهما، وأم الولد تعتق بالموت، ولا يقال: يضمن المعتق مع اليسار؛ لأنه غير متعد بإعتاق ملكه. (سماع علي بن أحمد رحمه الله).

(*) **فائدة**: إذا خربت بلد حتى التبست أحجار كل واحد من أهل تلك القرية كما يفعله الظلمة، والتبس الْمُخَرِّب - فإن الحاكم ينصب عنه ثم يحكم له بها، ويحكم عليه بالقيمة، فيقضي أهل البلد قيمة تلك الأحجار.اهـ ثم تقسم على الرؤوس ويبين مدعي الزيادة والفضل. (سماع سيدنا علي رحمه الله).

(٢) قال في الزوائد: فلو اشتبهت مملوكة زيد بمملوكة عمرو لم يحل الوطء بتراضيهما؛ لأنهما مما لا تدخلها الإباحة، بخلاف سائر الأموال، والوجه المبيح أن يبيع أحدهما إلى الآخر أو يهب، ثم إذا عقدا وجب أن يعقدا على هذه مرة وعلى هذه مرة؛ لأنه لو قال: بعت منك ما هي في ملكي لم يصح؛ لأنه مجهول العين، كما لو كانتا لواحد وقال: بعت منك أحدهما لم يصح. وقيل: القسمة مملِّكة ولو إماء، وهو ظاهر الأزهار. (قرير). ولو قيل: كان يكفي أن يقول أحدهما: بعت منك هذه إن كانت في ملكي بهذه، ويقبل الثاني، فإن كانت في نفس الأمر ملكه فقد صح البيع، . والشرط حالي لا يفسد به العقد، ....=

---

[١] ولا شيء على بيت المال لا للمصرف ولا لأهل الأراضي؛ إذ لا تعدي.

[٢] ويبطل الوقف.

[٣] حيث كان الوصي غير الوارث، فإن كان هو الوارث ولا وارث سواه لزمه قيمة الأدنى للموقوف عليه؛ لأن الأصل براءة الذمة مما زاد. (مفتي).

=

تلك الأملاك على الرؤوس(١)، سواء كانت مثلية أو قيمية، على ما تقتضيه القسمة **(ويبين مدعي الزيادة والفضل(٢))** فمن ادعى أن نصيبه أكثر أو أفضل(٣) .....

= وإن لم تكن ملكه وهي ملك الآخر فقد صار إلى كل واحد مملوكته، والله أعلم. وأما قولهم: إن القسمة مملكة فينظر فيه؛ لأن القسمة إنما تكون فيما كل جزء مشترك، وأما هذه المسألة فملك كل واحد متميز، وإنما طرأ اللبس، والقسمة لا تكون مملكة مع اللبس إلا فيما تدخله الإباحة ويصح التراضي فيه، والله أعلم. (سماع سيدنا علي بن أحمد ناصر رحمه الله).

(*) هذا[١] حيث ادعى كل واحد منهم الكل، لا البعض فكما سيأتي في الدعاوي. (قرير). أو حيث تصادقوا على تعدد الملك والتباس الحصص، ذكر معناه في الرياض. (قرير).

(١) **مسألة**: وإذا اختلطت خشبة لزيد بخشبات لعمرو، وكان زيد مصادقاً – قسمت قيمة الكل على عدد الخشبات، فإذا كانت خمساً كان لزيد خمس القيمة. (مقصد حسن). ولفظ البيان: **فرع**: فلو اختلفت هذا الأملاك في الجودة والرداءة فقال الفقيه حسن: تقسم بينهم بالسواء أيضاً. وقال الفقيه يوسف: تقسم بينهم على قدر القيم، لكل واحد بقدر قيمة حقه. ولعله أولى. (بيان).

(*)الملتبس لا المتيقن، مثاله: لو اختلطت غنم لرجل مائة وزيادة غير معلوم قدرها، بغنم آخر عشرين وزيادة، فإنه يعطي صاحب المائة مائة والآخر عشرين، ويقسم الزائد نصفين، ويبين مدعي الزيادة في القدر، والفضل في الكل. (تعليق الفقيه حسن) (قرير).

(*) كيل ما يكال، ووزن ما يوزن، وتقويم ما يقوم.

(٢) وفي الصفة. (حاشية سحولي). وقيل: الجودة والنوع.

(*) قال في تعليق الفقيه حسن على اللمع: والنظر على هذا لو علمنا أن نصيب واحد أكثر كثرة ظاهرة، ونصيب الآخر قليل بالمرة، ولا نعلم المقدار، كالصبرتين في الجرن ونحوها، كيف يكون الحكم. قلنا: نزيد له زيادة بحيث يعلم أنه حقه أو دونه بقليل. (تعليق الفقيه حسن).

(٣) في القدر والصفة.

(*) هذا مبني على أنهم متصادقون على الخلط، وعلى لبس حصة كل واحد منهم، وإلا كان الحكم ما سيأتي في الدعاوي من أنه يقسم ما فيه التنازع بين متنازعيه على الرؤوس، وقد ذكر معنى ذلك في الرياض. (قرير).

---

[١] ولفظ حاشية: وإذا ادعى كل واحد منهم جميع المخلوط واستوت دعواهم؛ إذ لو ادعى كل واحد منهم دون ذلك قسم المدعى بين متنازعيه على الرؤوس. (تعليق الفقيه حسن).

كانت عليه البينة[١].

(إلا) إذا كان المختلط **(ملكاً بوقف[٢])** بطل الوقف، وصارا جميعاً[٣] ملكاً للمصالح رقبتهما[٤] **(قيل: أو)** كان المختلط **(وقفين)** أحدهما **(لآدمي و)**الآخر **(لله[٥])** تعالى فإن غلتهما تكون للمصالح ولا يبطل الوقف **(فيصيران للمصالح)** وهما الملك والوقف والوقفان **(رقبة الأول[٦])** وهو الملك والوقف **(وغلة الثاني)** وهما الوقفان، هكذا ذكره الفقيه حسن[٧].

وقال الفقيه علي وغيره: بل الأولى أن تقسم الغلة[٨] كالملكين، ولا يقاس على اختلاط الملك بالوقف؛ لأن الوقف لا يصح التراضي على مصيره ملكاً؛

____

(١) وإلا حلف له الباقون على القطع، ويجوز لهم استناداً إلى الظاهر، وهو عدم استحقاقه للزيادة. (بيان بلفظه).

(٢) وهذا إذا حصل اليأس من تمييزه، وإن أمكن وجب ولو بالظن، ذكره في الزيادات. (بيان).

(*) ولو لواحد، يعني: ولو كان الملك للشخص الذي الرقبة موقوفة عليه فإنها تصير للمصالح.

(*) لأنه ليس هنا من يراضى في قسمة الوقف. (بستان).

(٣) قال في تعليق الزيادات للقاضي عبدالله الدواري: والأولى أن يكون حكم هذا الذي قلنا: تجوز المراضاة في ذلك» حكم القسم الأول، وهو الذي قلنا: يجوز فيه المراضاة، وذلك لأن العلة لما ذكروا من عدم الجواز ما تقدم، فيمنعون من ذلك خشية تملك الوقف بعد أن كان وقفاً، ولئلا يصرف الشيء في غير مصرفه، وهذه العلة حاصلة فيما هربوا إليه، وهو جعله لبيت المال؛ لأنه إذا صار لبيت المال كذلك ملك الوقف، وصرفت الغلة في غير مصرفها، بل ما ذكرته أولى؛ لأن فيما ذكروه تملك الجميع، وجواز نقل المصرف بالكلية.

(٤) وغلتهما. قال الفقيه علي: إلا أن يكون الموقوف عليه صاحب الملك فإن الغلة تكون له.

(٥) لا لو كانا لله تعالى أو لآدمي فتكون وفاقاً.

(٦) وكذا غلته. (قرير).

(٧) وأبو مضر.

(٨) والرقبة. (مفتي). وهو ظاهر الأزهار حيث قال: «أو أوقافها» ولم يفرق.

(*) يعني: الأولى التي فيه.

لأنه لا يباع؛ فلهذا صارا جميعاً للمصالح هناك(١)، وأما هنا(٢) فإن غلة الوقف تباع، فيصح التراضي فيها، فالأولى القسمة، ولا تصير للمصالح، كالملكين.

قال مولانا عليه السلام: هذا هو القوي، وقد أشرنا إلى ضعف كلام الفقيه حسن بقولنا «قيل».

(و)أما إذا كان اختلاط الأملاك والأوقاف **(بخالط(٣))** فلا يخلو: إما أن يكون متعدياً بذلك أو لا، والتعدي: أن يفعله من غير أمرهم(٤). إن كان لا بإذن، بل **(متعد)** فالمخلوط إما أن يكون من ذوات القيم أو من ذوات الأمثال، إن كان من

---

(١) أي: في ملك ووقف.

(٢) أي: في الوقفين.

(٣) ينظر لو كان المخلوط من الحقوق ما الحكم؟ ولعله يقال: تكون للخالط المتعدي قياساً على المملوكات. ولا يقال: هناك قد وجب العوض بخلاف هنا؛ لأنا نقول: كمن أتلف على غيره ما لا قيمة له، هذا الذي يقتضيه النظر، وكإتلاف الحقوق فإنه لا ضمان على متلفها، واستهلاك الحقوق أولى من استهلاك الأملاك المتقرر ملكها. (شامي) (قرر). [وكان القياس أن لا يكون الخالط مستلهكاً لها؛ لعدم وجوب العوض، ولا يصح أن يقال: كمن أتلف على غيره ما لا قيمة له؛ لأن العين هنا باقية فيجب الرد، ويقسم بين المستحقين كما لو كان الخلط بغير فعل فاعل، والله أعلم. (سيدنا علي بن أحمد رحمه الله)].

(*) فلو خلط[١] حراً بعبد فلا يقال: إنه يملكهما؛ إذ لا يملك الحر، بل يلزمه قيمة أدناهما.

(٤) خطأ أو عمداً.

(*) ينظر لو خلط بإذن أحدهما دون الآخر؟ يقال: يملكه الخالط، كما لو خلط ملكه بملك غيره تعدياً. (مفتي). ولفظ حاشية: لعله يقال: الإذن محظور فلا حكم له. (مفتي). [وإن كان بإذن أربابه فلا شيء عليه، بل يقسمه بينهم إن شاء، ويقبل قوله في قدر الأنصباء مع يمينه، وكذا في تمييز حقوقهم إذا ادعاه، وإن شاء تركه واقتسموه بينهم على قدر القيمة. فلو كان إذنهم له بالخلط بشرط التمييز وعدم اللبس فإن ادعى التمييز قبل قوله مع يمينه، وإن التبس عليه وعليهم كان كما لو لم يأذنوا له بالخلط. (بيان) (قرر)].

---

[١] وذلك كالحاضنة.

ذوات القيم **(ملك القيمي**[(١)]**)** بلا خلاف[(٢)]، وإن كان من ذوات الأمثال فإما أن يتفق جنسه ونوعه وصفته أو يختلف، إن اختلف وتعذر التمييز[(٣)] ملكه.

قال عليه السلام: وهو الذي أشرنا إليه بقولنا: **(ومختلف المثلي**[(٤)]**)** نحو: أن يخلط السليط بالسمن، أو رطلاً من السمن يساوي درهماً برطل منه يساوي درهمين؛ إذ لا فرق عندنا بين الاختلاف في الجنس أو في الصفة أو في النوع في أنه يكون استهلاكاً.

(و)المتعدي بالخلط إذا ملكه **(لزمته الغرامة)** لأربابه[(٥)]، مثل المثلي وقيمة

---

(١) إن كان معروفاً، وإلا فلبيت المال[١]. (هبل). وهل يلزم بيت المال الغرامة؟ القياس لا غرامة، لأنه لا تعدي منه.

(*) وفائدة الملك قبل المراضاة إذا أتلفه متلف كانت الغرامة للخالط لا للمالك الأول. (نجري معنى). أو غصبه غاصب كانت الأجرة أيضاً له. (قرير).

(*) ولو وقفاً، وتلزم القيمة وقت الخلط. (قرير).

(*) **تنبيه**: قال صاحب الوافي: الراعي المشترك إذا خلط أموال الناس بعضها ببعض فلم يعرفها أهلها فالقول قول الراعي في ذلك مع يمينه، يعني: إذا لم يعرفها أهلها وميزها لهم الراعي فأنكروا تمييزه فالقول قوله، ولا يلزم في مسألة القصار مثل ذلك إذا أتى بالثوب فأنكره المستأجر؛ لأن ضمان القصار ليس من جهة الخلط. (غيث) و(قرير).

(*) قال في البيان: مع النقل، وإلا فالأرش فقط إن لم ينقل. اهـ وعن سيدنا عامر: وإن لم ينقل. (قرير).

(٢) بل فيه خلاف أبي طالب والكني أنه لا يملك إلا بعد المراضاة. ومذهب الناصر والمنصور بالله والشافعي لا يملك بحال.

(٣) بما لا يجحف. (قرير).

(٤) فإن كان لا بخلط خالط قال الفقيه حسن: يقسم بينهما سواء، ولم يجعل لزيادة القيمة حكماً. وقال بعض أصحاب الشافعي، ورجحه الفقيه يوسف: يباع ويقسم بينهما على قدر القيمة. ولو قيل: يقسم على قدر القيمتين من غير بيع كان أقرب؛ إذ لا فائدة في البيع. (كواكب من الغصب).

(٥) إن علموا، وإلا صار لبيت المال.

----

[١] والقياس أنه يباع عن الخالط، ويسلم الثمن لأربابه.

المتقوم[١] **(و)** يلزمه **(التصدق[٢] بما خشي فساده قبل المراضاة[٣])** ولا يجوز له فيه التصرف قبلها[٤]، ذكر ذلك الكني. وقال القاضي زيد: إنه يجوز له فيه كل تصرف قبل المراضاة[٥].

(و) إذا كان المخلوط مثلياً متفقاً في الجنس والصفة والنوع لم يملكه الخالط، لكن إذا تلف قبل أن يقسمه **(ضمن[٦])** الخالط ذلك **(المثلي المتفق[٧] وقسمه[٨])**

---

(١) يوم الخلط إن لم ينقله عدواناً، وإلا فكالغصب. اهـ القياس أما حيث لم ينقله لم يلزم إلا الأرش فقط؛ لأنه جان. (هامش بيان).

(٢) فإن لم يتصدق حتى تلف لزم قيمتان [ضمن قيمتين. (نخ)]، للفقراء وللمالك[١]، لكن التي للفقراء آخر وقت قبل الفساد. (قرير).

(*) ويحل في فقراء بني هاشم. (قرير).

(٣) والمراضاة دفع العوض [القيمة. (نخ)]، أو حكم الحاكم بالملك. (هداية). أو الرضا. (قرير).

(٤) وذلك لأنه ملكه ببدل فأشبه المبيع المحبوس بالثمن والمرهون في تحريم الانتفاع إلا بإذن من له الحق. (بستان).

(*) وفائدة الملك قبل المراضاة أنه إذا أتلفه متلف كانت الغرامة له. (نجري معنى). وإذا غصبها غاصب كانت الأجرة له أيضاً. (سماع).

(٥) لأنه قد ملكه الخالط بمجرد الخلط.

(٦) لأنها قد صارت في ضمانه. (برهان) (قرير).

(٧) يعني: إذا خلطه وأتلفه. (حاشية سحولي).

(*) إذا أتلفه أو نقله. اهـ وعن سيدنا عامر: وإن لم ينقله، نحو أن يصب السليط الذي له على حق الغير فصار حق الغير مضموناً وإن لم ينقله بمجرد الخلط. (عامر). وقد قالوا: إنه لا يضمن متولي الوقف ونحوه الأوقاف باستهلاكه الوثيقة إلا أن يكون قد قبض الأموال، فينظر في هذا. (من خط سيدنا حسن رحمه الله).

(٨) يعني: يقسم العوض الذي غرمه. (حاشية سحولي لفظاً).

---

[١] إذ ملكه من وجه محظور. (بحر). بخلاف الوديعة إذا لم يتصدق بما خشي فساده فلا يلزمه إلا قيمة للمالك؛ لأنها ليست مظلمة. (سيدنا حسن) (قرير).

على الرؤوس، ويبين مدعي الزيادة والفضل[١] **(كما مر)** في البيع[٢].

تنبيه[٣]: أما لو كان المال المخلوط لواحد[٤]، فإن كان بإذنه فلا شيء على الخالط، والمال لصاحبه، وإن لم يأذن فإن أمكن التمييز لزم الخالط أن يميز[٥] إن كان يتعلق به غرض[٦]، وإن لم يمكن -نحو: أن يخلط السمن بالشيرج[٧] أو الزيت أو نحو ذلك- فملك صاحبه باق[٨]، قال الفقيه حسن: ويضمن الأرش إن نقص[٩]

(١) لا معنى لقوله: «والفضل»؛ لأنا قد بينا أنه مستو، إلا أن يدعي أحدهما الفضل في القيمة[١]، ولعله المراد.اهـ حيث كان فوق نصف العشر.

(٢) بل في أول الفصل. (نجري). ومثله في حاشية السحولي.

(٣) قرر كلام التنبيه على ظاهره، وإن لم ينقل. ومسألة آخر التنبيه إن كان المخلوط لواحد فهو أول المسألة والحكم واحد، وإن كان المخلوط لرجل وللخالط فالمسألة ثانية، قال عليه السلام: والأقرب أنه يملكه ..إلخ. فيقرر الكلام على ما في التنبيه وإن لم ينقل، كما قاله القاضي عامر. (من خط سيدنا حسن).

(٤) **مسألة**: لو سقط قدح رجل فيه سمن على دقيق آخر لا بفعل أيهما قسم ذلك بينهما على قدر قيمتهما.

(٥) بما لا يجحف. (قرر).

(٦) لا فرق. (قرر).

(٧) سليط الجلجلان، وهو السمسم.

(٨) سواء كان مثلياً أو قيمياً، من جنس أو أجناس، نقل أو لم ينقل. (قرر). لأن المالك هنا واحد، وهذا وجه الفرق بين هذا وبين الغصب.

(٩) إن لم ينقل.اهـ ومع النقل يفصل بين تغييره بذلك إلى غرض أم لا، وبين كون النقص يسيراً أو كثيراً، ذكره في البيان. (حاشية سحولي لفظاً) و(قرر).

(*) هذا على قول المؤيد بالله في الغصب، وأما على قول الهادوية -وهو المذهب- فينظر هل غيَّرها إلى غرض أو إلى غير غرض، إن كان إلى غرض خير بينها وبين القيمة، وإلى غير غرض ضمن أرش اليسير وخير في الكثير مع تحقق الغصب. (قرر).

(*) أي: ما نقص من قيمة كل شيء وحده عند المؤيد بالله. (بيان) (قرر).

---

[١] ولفظ البيان: وعلى مدعي الزيادة البينة.

على قولنا: إن الهزال يضمن، لا على قول يحيى عليه السلام.

قال مولانا عليه السلام: ويحتمل أن الهادي عليه السلام يوافق هنا في الضمان؛ لأن الهزال نقص لا بفعل الغاصب، والنقصان حصل هنا بفعل الخالط.

قال عليه السلام: أما لو خلط زيت رجل بدقيقه[1] أو نحو ذلك فالأقرب أنه يملكه[2] إن فعل بغير إذنه، كما لو طحن طعامه[3] أو نحو ذلك[4]، وتلزمه الغرامة.

---

(١) أي: دقيق الخالط. (قرير).

(*) **مسألة**: ذكر المنصور بالله أن من كان معه قدح فيه دهن، فسقط القدح على دقيق الغير - كان الدقيق لصاحب الدهن ملكاً بالاستهلاك، ويلزمه لصاحب الدقيق غرامة دقيقه، فإن لم يسلم العوض كان صاحب الدقيق أولى بدقيقه، ولا شيء عليه في الدهن، ذكره في التقرير. قال سيدنا: وهذا مبني على أن الدقيق سقط من غير أن يسقطه أحد. والقياس أن ذلك إن كان بفعل صاحب الدقيق وجب عليه ضمان الدهن؛ إذ قد صار مستهلكاً بالخلط، وإن كان ذلك بفعل صاحب الدهن كان الدقيق باقياً على ملك صاحبه، ويكون صاحب الدهن متبرعاً كالثوب إذا صبغه الغاصب. وإن كان ذلك لا بفعل أيهما فيحتمل أن يقتسماه على قدر قيمة الدهن والدقيق، كمسألة الخلط إذا اختلط لا بخلط خالط. (زهرة بلفظها من كتاب الغصب من باب ما يدخل في المبيع من قوله: «فيقسم»).

(٢) ومفهوم الأزهار والأثمار والفتح وصريح التذكرة: أنه لا يملك؛ لأن العبارة في أملاك الأعداد، وقد حمل ما في الشرح أن الزيت لرجل والدقيق للخالط، فيستقيم الكلام، وإلا يكن كذلك، بل كان المخلوط لواحد - فملك صاحبه باق، وهو صدر التنبيه. (سيدنا حسن) (قرير).

(*) بل يبقى على ملك صاحبه إذا لم ينقل، وصرح به في التذكرة، وهو مفهوم الأزهار.

(٣) ونقله، وإلا فجان.

(٤) عجن دقيقه، أو خبز العجين. (بحر من الغصب) و(قرير).

(كتاب الشركة[١])

الشركة بكسر الشين: اسم للاشتراك، وبضمها: اسم للشيء المشترك، يقال: له فيه شركة، أي: نصيب.

والأصل فيها من الكتاب قوله تعالى: ﴿وَاعْلَمُوا[٢] أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ﴾ [الأنفال٤٠] فأثبت الاشتراك.

ومن السنة قوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((يد الله[٣] مع الشريكين ما لم يتخاونا))[٤].

والإجماع ظاهر.

و**(هي نوعان)** الأول: **(في المكاسب)** نحو: ما يكتسبه الشخصان من تجارة أو صناعة **(و)**النوع الثاني: في **(الأملاك)** نحو أن يشترك الشخصان فيما يملكانه.

---

(١) قيل: إن رجلين كانا على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم مشتركين في طعام، وكان أحدهما مواظباً على الوقوف في المسجد، وأحدهما على التجارة، فلما أرادا قسمة الربح قال المواظب على التجارة: فضلني في الربح؛ فإني كنت مواظباً على التجارة، فقال صلى الله عليه وآله وسلم: ((إنما كنت ترزق بمواظبة صاحبك على المسجد)). (هاجري)، ومثله في الصعيتري. [وهذا دليل في العنان].

(*) قال في البحر: والشركة إما في العين ومنفعتها كالأراضي، أو أحدهما كالموصى بخدمته، وكالوقف على جماعة. أو في الحقوق، كالرد بالعيب، والطريق، والمسيل، والرهن. أو في حق بدني، كالقصاص، وحد القذف. (بحر).

(٢) ولو قال: ﴿لَهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَعْلُومٍ ١٥٥﴾ [الشعراء] لكان أولى في الاستدلال.

(٣) أي: بركته ونعمته.

(٤) أو ينويا التخاون.

(*) وعنه صلى الله عليه وآله وسلم: ((يقول الله: أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه)). قوله: «أنا ثالث الشريكين» معناه: أنا معهما بالحفظ والرعاية، فأمدهما بالمعونة في أموالهما، وأنزل البركة في تجارتهما، فإذا وقعت بينهما الخيانة رفعت عنهما البركة والإعانة، وهو معنى: «خرجت من بينهما». (مستعذب شرح المهذب).

(*) تمامه: ((فإذا تخاونا محقت تجارتهما)). (تخريج بحر).

[شرك المكاسب: الأولى: المفاوضة]

(فشرك المكاسب أربع[(١)]**)** الأولى: **(المفاوضة**[(٢)]**)** وهي مشتقة من المساواة[(٣)]؛ لاستوائهما في ملك النقدين، أو من التفويض؛ لأن كل واحد منهما مفوض لصاحبه.

(وهي) لا تنعقد إلا بشروط ثمانية: الأول: **(أن يخرج)** المال **(حران**[(٤)]**)** فلو كانا عبدين أو أحدهما لم تصح ولو مأذونين[(٥)].

---

(١) وشرك الأملاك أربع.

(٢) وعليها من الكتاب قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة١]. ومن السنة قوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((إذا فاوضتم فأحسنوا المفاوضة فإن فيها أعظم اليمن[١] والبركة)). (تعليق ناجي، وكواكب). ((ولا تخاذلوا فإن المخاذلة[٢] من الشيطان)). (شرح بحر).

(٣) الأولى: من الفوض الذي بمعنى المساواة.

(*) وعليها قول الشاعر:

لا يصلح القوم فوضى[٣] لا سَرَاة لهم	ولا سراة إذا جهالهم سادوا
إذا تولى زعيم القوم أمرهم	نما بذلك أمر القوم وازدادوا
والبيت لا ينبني إلا بأعمدة	ولا عماد إذا لم ترس أوتاد

(٤) وتصح الشركة من الأخرس ونحوه، ومن السكران. (حاشية سحولي) (قرر).

(٥) لتعلق دين المعاملة برقبتيهما، وقد تختلف قيمتهما [وهي مأخوذة من المساواة] والاتفاق نادر. (بحر). ومعناه في الزهور. (قرر). ولأنه يجوز حصول الحجر على أحدهما. (بستان).

(*)لأن قيمتهما تختلف، وهي مأخوذة من المساواة، ولو اتفقت القيمة فيها فذلك نادر، والأحكام تعلق بالغالب. (زهور) (قرر).

---

[١] السعادة.اهـ وقيل: طريق إلى الجنة. وقيل: طلب الرزق. وقيل: التسهيل والربح.

[٢] في شرح البحر وتخريج البحر: ولا تجادلوا فإن المجادلة.. إلخ.

[٣] أي: متساويين. (زهور).

الشرط الثاني: أن يخرجا المال وهما **(مكلفان)** فلا تصح حيث هما صبيان[١] أو مجنونان أو أحدهما ولو مأذونين.

الشرط الثالث: أن يخرجاه وهما **(مسلمان)** معاً **(أو ذميان[٢])** فلو كان أحدهما مسلماً والآخر ذمياً[٣] لم تصح[٤]؛ لأنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ نهى عن الشركة بين المسلم والذمي. وقال أبو يوسف ومحمد: تجوز بين المسلم والذمي.

الشرط الرابع: أن يخرجا **(جميع نقدهما[٥])** فلو بقي مع أحدهما شيء من النقد[٦] يملكه[٧] لم تصح.

---

(١) إذ لا يصح منهما التفويض. (بحر). وهذا هو الوجه في عدم الصحة. (قررو).

(*) لأنه يجوز أن يبلغ أحدهما دون الآخر، فيجوز عليه الغبن لا على الصغير.

(٢) وتصح مع اختلاف المذهب، ولا يتصرفان إلا فيما يستجيزانه جميعاً. (قررو).

(٣) وكذا مختلفا الملة. وعن الشامي: الظاهر الصحة. (قررو).

(٤) لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: ((لا تتراءى نيرانهما)). (بستان).

(٥) ولو مغشوشين. (قررو).

(*) الحاصل، لا ما كان ديناً فلا يضر، ذكره في الشرح. (بيان معنى).

(*) قال في البيان: وكذا سلع التجارة؛ لأن حكمها كالنقدين.اهـ ينظر. ولفظ حاشية: ولا يصح في عروض التجارة قيمية أو مثلية، ولا يضر انفراد أحدهما بعروض تجارة. (حاشية سحولي لفظاً) (قررو).

(*) يعني: المضروب، فلا يضر لو كان أحدهما يملك سبائك دون الآخر. (حاشية سحولي لفظاً).

(*) ولا تصح الشركة في العروض عند العترة والحنفية؛ لتأدية ذلك إلى استبداد أحدهما بالربح لغلاء أو رخص، وذلك خلاف موضوعها، وإذ علم التساوي حال العقد شرط، ولا عِلْمَ به في غير النقدين. وقيل: بل تصح؛ إذ القصد الإذن بالتصرف، والربح على قدر المال. وقال المزني: يصح في المثليات فقط. لنا ما تقدم. (شرح أثمار).

(٦) ولو من جنس آخر. (شرح أثمار) (قررو).

(٧) ولو وديعة له عند الغير. (قررو).

الشرط الخامس: أن يكون نقداهما على **(السواء(١) جنساً وقدراً(٢))** فلو كان أحدهما ذهباً(٣) والثاني(٤) فضة أو أكثر لم تصح، خلافاً للناصر عليه السلام(٥).

قوله: **(لا فلوسهما(٦))** يعني فإن الشركة في الفلوس لا تصح، وهو قول أبي العباس وأبي حنيفة. وقال محمد واختاره أبو طالب: إنها تصح.

الشرط السادس قوله: **(ثم يخلطان(٧))** النقد على ....

---

(١) فإن كان مع أحدهما دراهم مثلاً والآخر دنانير لم يصح الخلط. (بيان[١]). قال في شرح الفتح: إلا بعد الاشتراك فيهما؛ بأن يصرف كل منهما نصف نقده بنصف نقد الآخر، أو ينذر عليه، بحيث يملك كل منهما نصف النقدين. (قرر).

(٢) وصفة ونوعاً. (بيان).

(٣) وكذا لو كانت دراهم أحدهما سوداً والثاني بيضاً أو نحو ذلك لم تصح؛ لأنها تميز. (بيان) (قرر).

(٤) إلا أن يجعل أحدهما نصف ما معه من الذهب بنصف ما مع صاحبه من الفضة، ثم يخلطان. (قرر). بعد التقابض لأجل صحة الصرف، وهذا إذا قبض كل واحد ما اصترفا به فقط، دون حصة شريكه، وأما لو قبض صاحب الذهب جميع الفضة بعد التصارف، وكذلك صاحب الفضة قبض جميع الذهب صح ذلك؛ لأنه يصح قبض المشاع، ولا حاجة للخلط؛ إذ قد صارا شريكين بعد القبض، هذا ما ظهر -والله أعلم- وظاهر حاشية سحولي أنه لا يحتاج إلى الخلط. (سيدنا عبدالله حسين دلامة رحمه الله).

(٥) في الجنس.

(٦) النحاس.

(*) يعني: غير المغشوشة.

(٧) وهل يشترط مقارنة العقد للخلط أو يصح وإن تأخر الخلط؟ في البحر جعله **مسألة**: بعض الفقهاء: ولا بد من اقترانه بالعقد، فلو تأخر الخلط فسدت. الإمام يحيى: لا؛ إذ لا يخل[٢] تأخره في الإذن بالتصرف. قلنا: لا تفاوض مع التمييز. (بحر بلفظه).

(*) فإن لم يخلطا وقبض أحدهما حق الآخر كان وكيلاً إن شرى له شيئاً[٣]، وإن أتلفه ضمنه ضمان أجير مشترك[٤]. (كواكب). ويلزم لكل واحد أجرة المثل. (قرر).

---

[١] لفظ البيان: فلو كان نقد أحدهما دنانير والثاني دراهم لم تصح؛ إذ لا يفيد خلطهما.

[٢] ومثل ما ذكره الإمام يحيى في الغيث.

[٣] مع الإضافة[٠] حيث اشترى بمال الآخر، وإن اشترى بملكه ملكه هو.

[٠] حيث لم يعين له شريكه المشترى.

[٤] لفساد الشركة بعدم الخلط؛ إذ الخلط شرط. (مفتي).

=

وجه لا يتميز[(١)]، ذكره أبو العباس لمذهب يحيى عليه السلام، فلو لم يخلطا لم تصح.

وعن الناصر والمؤيد بالله: أنه غير شرط.

الشرط السابع قوله: **(ويعقدان[(٢)])** الشركة بلفظها[(٣)]، فيقولان[(٤)]: عقدنا شركة المفاوضة[(٥)]، ذكره ابن أبي الفوارس. ومن أهل المذهب[(٦)] من لم يشترط لفظها.

الشرط الثامن: أن يكونا في عقدهما **(غير مفضَّلَين)** لأحدهما **(في الربح و)** لا في **(الوضيعة[(٧)])**. ومتى عقداها فقال كل واحد منهما لصاحبه: «شاركتك[(٨)]

(*) أو يصرف كل واحد من صاحبه نصف حقه. (قرير).

(*) قلنا: فإذا اشترى أحدهما شيئاً قبل الخلط كان له وحده إذا اشتراه بماله، وإن اشتراه بمال شريكه فهو لشريكه؛ لأنه وكيل له. فإن تلف مال أحدهما قبل الخلط كان عليه وحده إذا تلف في يده، وإن تلف في يد شريكه ضمنه له ضمان الأجير المشترك. (بيان بلفظه) (قرير).

(١) فإن تميز البعض دون البعض صحت فيما لم يتميز شركة عنان، لا في المتميز. (بيان معنى) (قرير). أما لو تميز الكل لم تصح لا مفاوضة ولا عناناً.

(٢) الأولى: «ثم يعقدان». (حاشية سحولي). إذ لو تأخر الخلط فسدت. (بحر).

(٣) ممن يمكنه. (قرير).

(٤) أو أحدهما ويقبل الآخر.

(٥) لا عقدنا الشركة فلا يكفي[1]. (قرير). وقيل: يكفي أن يقول: عقدنا الشركة. (بحر معنى).

(٦) الفقيه محمد بن سليمان.

(٧) وهو الخسر، فإذا شرطا لأحدهما من الخسر أكثر لغا، وكذا لو شرط تفضيل غير العامل صارت عناناً.اهـ ولفظ حاشية: فلو شرطا تفضيل أحدهما في الربح أو الوضيعة فلعل شرط التفضيل في الخسر يلغو، وفي الربح إن شرطا تفضيل العامل صح الشرط، وكانت عناناً، وإن شرطا تفضيل غير العامل لغا الشرط وتبع الربح المال. (حاشية سحولي لفظاً) (قرير).

(٨) ندباً.

---

[1] لاحتمال غيرها، وهو الأصح. (عامر).

=

بمالي والتصرف بوجهي لنتجر(١) مجتمعين(٢) أو مفترقين» انعقدت **(فيصير كل)** واحد **(منهما فيما يتعلق بالتصرف فيه(٣) وكيلاً(٤) للآخر وكفيلاً(٥)**، **له**

(*) **فائدة**: الكلام في الشركة والشقية إذا كانوا شركاء ولكل واحد منهم أملاك في التركة أو الأراضي التي بينهم، ولو زاد ملك أحدهم على الآخر، فما حصل من الملك المذكور يكون بينهم الكل على الرؤوس. اهـ. فإن يكن بينهم طفل له ملك في الأرض فإن يكن ملكه أكثر من ملكهم رجع فيه بنصف الغلة، أي: غلة الأرض يستقل بها، والنصف الآخر يكون بين الشركاء كالأجرة، فإن كان لأحد الشركاء أولاد فشقيتهم[١] على أبيهم، ولا يشاركون الشركاء إلا أن يكون لهم ملك في الشقية، فإن أراد أحدهم أن يستقل بنفسه فإنه يتوجه على أبيه أن يقسم من ملك[٢] نفسه، ولو كان الولد قوياً كسوباً، هذا إذا كان الولد فقيراً؛ لأن نفقته على أبيه كسائر القرابة المعسرين، فيقسم له مقدار ما كان ينفق عليه لو كان باقياً لديهم، وأما الأولاد الصغار فإن كان لهم ملك فكما سبق، وإن لم يكن لهم ملك وشقوا في ملك أبيهم حتى حصلت فوائد، واكتسبوا الأرض من الشقية: فإن كان الأب ناوياً الرجوع على الأولاد الصغار فلا يلزمه لهم شيء[٣]، فإن لم ينو الرجوع قاسموه فيما اكتسبوه، وكان لكل واحد منهم مثل ما لأبيه في المكتسب فقط، فإن كانوا مكلفين وشقوا في ملك أبيهم حتى حصلت منه فوائد واكتسب بها نظر: فإن كان الأولاد شرطوا على أبيهم الأجرة، أو لم يشرطوها ولكنهم يعتادونها – شاركوا أباهم في الأرض المكتسبة [وهو الجلي]، وإن أضاف الشراء إلى نفسه كان لهم بقدر ما يستحقونه من أراضي النقيصة[٤] فقط. (من الأثمار) (قرز).

(١) بالياء المثناة من تحت. (من تذكرة المفتي عليه السلام).

(٢) واشتراط اجتماعهما على التصرف يبطلها؛ إذ هو ينافي التفويض.

(٣) أي: في النقد.

(٤) فيما وجب لشريكه على الغير.

(٥) المعنى بما وجب على شريكه.

---

[١] فنفقتهم. (نخ).

[٢] هذا من باب الصلح، والمذهب خلافه.

[٣] العرف خلافه.

[٤] المكتسبة. (نخ).

=

ما له(١) **وعليه ما عليه**(٢) **مطلقاً)** فإذا اشترى أحدهما شيئاً لزم الآخر، وللبائع أن يطالب بالثمن أيهما شاء، وإذا باع أحدهما فللآخر المطالبة بالثمن وقبضه، وللمشتري أن يُطالِبَ بتسليم المبيع وبثمن ما استحق أيَّهما شاء، ويرد بالعيب والرؤية والشرط على أيهما شاء.

قوله: «فيما يتعلق بالتصرف فيه» يعني: فيما يتعلق بالتصرف في النقد من معاوضة،

(*) فإن قيل: كيف صحت الكفالة لغير معين؟ قلنا: ثبتت تبعاً للاشتراك، كركعتي الطواف. (معيار[١]). ولعل هذا على القول بأن الكفالة لغير[٢] معين لا تصح، وهو المختار.

(١) هذا تفسير الوكالة.

(٢) هذا تفسير الكفالة.

(*) **مسألة:** وإذا ادعى أحدهما شيئاً على الغير وحلفه عليه لم يكن للثاني[٣] أن يحلفه عليه[٤]. وإن ادعى الغير على أحدهما شيئاً وحلفه عليه كان له أن يحلف الثاني، إذا هو مما يتعلق بتجارتهما، كما في الورثة، وتكون يمين العامل على القطع، ويمين الثاني على العلم[٥]؛ لأنها توجهت عليه من جهة غيره. وكذا في الموكل إذا ادعي عليه شيء من جهة وكيله، وفي السيد إذا ادعي عليه شيء من جهة عبده[٦]. (بيان لفظاً) (قرير).

(*) ولفظ حاشية: وسواء لزم الآخر بالبينة أو بالإقرار[٧] أو النكول أو غيره. (قرير).

---

[١] لفظ المعيار: فإن قيل: كيف يصح الحكمان الآخران وقد علم أنه لا يصح الوكالة قبل ثبوت الحق ولا الكفالة لغير معين؟ قلنا: إنما ثبتا هنا تبعاً للاشتراك في الذمتين كما ذكرنا؛ إذ هما من ضرورته، لا بإنشاء توكيل أو تكفيل، وقد ثبت الحكم تبعاً حيث لا يثبت مقصوداً كما ذكرنا في التوكيل بطلاق البدعة ونحوه، وكما ذكرنا في ركعتي الطواف.

[٢] وفي البحر: لا تجب معرفة المضمون له؛ إذ لم يسأل ﷺ عن غريم الميتين.اهـ وفي البحر: ولا تصح مع جهالة المكفول له. (قرير).

[٣] لأنه قد احترز بـ«غالباً» في الأزهار في الدعاوي.

[٤] حيث حلف لهم جميعاً، وأما لو حلف لأحدهم فيما يستحقه كان للباقين التحليف. (عامر) (قرير).

[٥] فيحلف ما يعلم ولا يظن. (قرير).

[٦] لا إذا ادعى على المالك شيئاً من جهة بهيمته فهي على القطع. (بستان من الدعاوى). لأنها تستند إلى حفظه، وهو فعله.اهـ يقال: إن تعلقت الدعوى بالحفظ وعدمه فهي على القطع، وإن تعلقت الدعوى بالجناية فهي على العلم، كما هو ظاهر الأزهار. (شامي).

[٧] على القول بأن الإقرار من الوكيل يلزم الموكل، وهو المذهب. (قرير).

فأما ما جناه أحدهما أو لزمه من نكاح أو نحو ذلك[١] فإنه لا يلزم الآخر.

وقوله: «مطلقاً» يعني به: سواء علم أحدهما بتصرف الآخر[٢] أم لا.

(و)قد وقع اختلاف في صورتين: إحداهما: **(في غصب استهلك حكماً[٣])** نحو أن يغصب أحد الشريكين طعاماً فيطحنه أو نحو ذلك.

(و)الثانية: في **(كفالة بمال)** نحو أن يكفل أحدهما على شخص بمال، وكان ذلك **(عن أمر الأصل[٤])** وهو المكفول عنه - هل يلزم صاحبه ما لزمه أم لا؟ في ذلك **(خلاف)** في الصورتين، أما الأولى فقال أبو العباس وأبو حنيفة وأبو طالب: يلزم صاحبه[٥] ما لزمه.

وقال المؤيد بالله وأبو يوسف ومحمد: لا يلزمه.

وأما الصورة الثانية: فقال أبو العباس وأبو حنيفة: يلزم صاحبه أيضاً ما لزمه. وقال المؤيد بالله: [٦] لا يلزمه[٧].

وأما الكفالة بالوجه فلا خلاف أنها لا تلزم[٨].

---

(١) كأن يقبض أحدهما شيئاً لا لتجارتهما.

(*) ككفارة النذر.

(٢) بعد قيام الشهادة عليه أو إقراره أو نكوله. (شرح هداية) (قرير). أو رده اليمين. (قرير).

(٣) لا حساً فعليه وحده اتفاقاً.

(٤) لا لو كان من غير أمره فلا يلزم اتفاقاً.

(٥) لأن له بدلاً يشتركان فيه. (بيان). يعني: الرجوع على المكفول عنه، وملك المستهلك بعوضه، فأشبه التجارة. قال في الزهور: لكنه يقال: من أصل أبي العباس وأبي حنيفة أنه يتصدق بالمستهلك، فلم يعد بمال. (بستان). قيل: إن لأبي العباس قولاً: إنه يتصدق بما لم يرد بدله، وهنا هو يسلم بدله، فيكون المستهلك مما يعود إلى التجارة، فيلزم صاحبه عندهما. (زهور).

(٦) ووجهه: أن الكفالة واستهلاك المغصوب لا تعلق له بالتجارة، ذكره في الشرح. ووجه قول أبي العباس وأبي حنيفة أن الكفيل له أن يطالب المكفول عنه بما كفل به، وكذلك استهلاك المغصوب يقتضي التمليك، فهو مما يعود باستفادة مال، والله أعلم.

(٧) لأن الكفالة لم تعلق بمال المفاوضة. (زهرة).

(٨) لأنه لا بدل في ذلك. (بيان).

(فصل): **في حكم هذه الشركة إذا طرأ تفاضلهما في ملك النقد**

(ومتى غبن أحدهما) فيما باع أو اشترى[١] غبناً **(فاحشاً أو وهب[٢])** أحد الشريكين نقداً[٣] **(أو أقرض[٤] ولم يجز الآخر[٥])** فقد تفاضلا في النقد **(أو استنفق[٦])** أحدهما **(من مالها أكثر منه)** لأن نفقتهما يجب أن تكون من جميع المال على السواء[٧]، فإن استنفق أحدهما أكثر مما استنفق صاحبه: فإن أبرأه شريكه فالشركة باقية، وإن لم يبرئه **(وغرم[٨])** قيمتها ....

---

(١) أو أجر أو استأجر بغبن فاحش.

(٢) أو وهب له.

(٣) أو عرضاً[١] من مالها، وغرم نقداً. وقيل: لا فرق. (قرز).

(٤) أو استقرض.

(٥) وهو يقال: إنَّ قبل الامتناع قد صح البيع في نصيب البائع أو الشراء في نصيب المشتري، ويبقى نصيب الثاني على ملك صاحبه، فكيف لا تبطل المفاوضة عقيب العقد ولا ينتظر الامتناع من الإجازة؟ فينظر. (كواكب). قلت: البطلان هنا لعدم الإجازة. (مفتي[٢]).

(*) عائد إلى الثلاث الصور. (قرز).

(٦) هو ومن يلزمه نفقته.اهـ وقيل: هذا فيما ينفق على أولاده.

(٧) قيل: المراد نفقتهما على عولهما، لا على أنفسهما؛ لأن كل واحد يستحق نفقته قلَّت أو كثرت[٣]. (كواكب، وبيان). وكذا كسوتهما. (دواري). والنفقة تكون من الربح إن كان، وإلا فمن رأس المال. (تكميل) (قرز).

(٨) يعني: حصة الشريك، وأما لو غرم الكل لم تبطل[٤]. (أثمار) و(قرز).

---

[١] مشترى بالنقد المعقود عليه أوَّلاً.

[٢] وفي هامش الكواكب ما لفظه: يقال: ملك الشريك غير مستقر؛ لجواز الإجازة من شريكه في نصيبه فلا تفاضل. (مفتي).

[٣] فيما كان معتاداً، لا فيما كان غير معتاد فيعتبر الاستواء، كذا قرز.

[٤] يعني: رده في مالها.

(نقداً[(١)]) فسدت وصارت عناناً؛ لأجل التفاضل، وإن قبض قيمتها عرضاً صحت؛ لعدم التفاضل في النقد، فإن لم يقبض منه شيئاً، بل بقيت في ذمته حتى انفسخت لم تبطل المفاوضة.

(أو ملك) أحدهما **(نقداً زائداً[(٢)])** من هبة أو ميراث أو عوض جناية أو نحو ذلك، فمتى اتفق أي هذه الخمسة **(صارت عناناً[(٣)])**.

---

(١) عائد إلى الاستنفاق، وأما غيره من الغبن والهبة والقرض فإن لم يجز بل فسخ: فإن كان ذلك المال تالفاً لم تبطل أيضاً؛ لأن حصة الممتنع حينئذٍ تكون ديناً في ذمة المستهلك، وهي لا تبطل بها في الذمة، وإن كان باقياً بعينه بطلت[١]؛ لحدوث التفاضل. (وابل معنى). وحاصل الكلام في ذلك حيث غبن أو وهب أنه لا يخلو: إما أن تحصل الإجازة أم لا، إن حصلت فلا تفاضل مطلقاً: باقياً ذلك المال أو تالفاً، وإن لم يجز فإن كانت العين باقية الموهوبة أو المبيعة فقد حصل التفاضل[٢]، وإن كانت تالفة فلا تفاضل حتى يغرم، ومتى غرم صارت عناناً. وكذا ما أنفق على أولاده: إن أبرأه فلا تفاضل، وإلا فمتى غرم نقداً أو عرضاً منها أو من غيرها ونوى المغروم للتجارة. (شامي).

(*) يعني: أحال به على غريم له[٣] وقبض، يعني: أحال الشريك على غريمه، لا حيث قبضه هو فقد صارت عناناً قبل التسليم لشريكه؛ إذ قد طرأ التفاضل.

(٢) ولو من غير جنسه.

(*) أو عرضاً للتجارة.اهـ لأن عروض التجارة حكمها حكم النقد. (كواكب). واختاره الإمام شرف الدين عليه السلام. وظاهر الأزهار خلافه. (مفتي، وحاشية سحولي).

(٣) إذا كان يصح في العنان[٤]، وإن كان لا يصح فيها كعدم الخلط فإنه يكون الربح بينهما على قدر رأس المال، ويلزم كل واحد منهما أجرة صاحبه فيما عمل له. (كواكب، وبيان معنى) (قرير).

---

[١] أي: صارت عناناً. ولفظ الفتح: ومتى حصل موجب تفاضل مستقر صارت عناناً. قوله: «أو بغبن فاحش» إذ هو من نصيبه، فنقص عما هو للآخر. (بلفظه).

[٢] ظاهر هذا وإن لم يغرم، فقد صارت عناناً بمجرد الامتناع من الإجازة، وهو المختار على ظاهر الكتاب. (إملاء سيدنا حسن رحمه الله).

[٣] وإلا فقد تقدم قوله: «جميع نقدهما».

[٤] هذه في الكواكب على قوله في التذكرة: فإن فقد أحد هذه الشروط عادت عناناً.

=

ولا تبطل المفاوضة بمجرد الملك للزائد إلا **(بعد قبضه)** له هو **(أو وكيله**[(١)]**)** لأن الملك قبل القبض معرض للبطلان[(٢)]، فإذا قبض استقر **(لا)** إذا ملك أحدهما نقداً زائداً وأحال به غريماً، وقبضه المحتال- لم يكن قَبْضُ **(حويله**[(٣)]**)** كقبض المالك ووكيله، فلا تبطل المفاوضة بقبض المحتال.

(ولا) تصير عناناً **(قبله)** أي: قبل قبض النقد الزائد الذي حدث له ملكه **(إلا في ميراث**[(٤)] **المنفرد**[(٥)]**)** وهو أن يملكه من طريق الإرث ولا يكون معه

(*) ويؤخذ منه أنه لا يشترط لفظ العنان.

(١) أو رسوله. (قرير).

(٢) لجواز تلفه قبل القبض. (بحر).

(*) صوابه: غيرمعين.اهـ ووجهه: أنها تخرج الوصيةوالنذر؛ لأنه غير معين، ولا تبطل إلا بعد القبض.

(٣) وذلك لأن الحويل قبضه لنفسه لا للمحيل. (كواكب).

(٤) والفرق بين الميراث والهبة والوصية أن الميراث قوي؛ لأنه يدخل في ملكه بغير اختياره؛ فلا يبطل بالرد، والهبة تحتاج قبولاً، والوصية تبطل بالرد، وكذا النذر. (تعليق زهرة).

(*) ولو مستغرقاً؛ لأن للورثة ملكاً ضعيفاً؛ بدليل أن تصرفهم ينفذ بالإيفاء والإبراء. (عامر) (قرير).

(٥) صوابه: النقد.

(*) حيث كانت التركة نقداً، لا ديناً حتى يقبض. (قرير).

(*) شكل عليه، ووجهه: أن المثلي قسمته إفراز، فلا فرق بين المنفرد وغيره. لا وجه للتشكيل؛ لأن الملك غير متسقر في المثلي إلا بالقبض[١] ولو من غير إذن شريكه؛ لأن قسمته إفراز. (قرير).

(*) كلام الأزهار هنا مبني على كلام القيل الذي في الزكاة، وهو قوله: «قيل: ويعتبر بحول الميت ونصابه»، ذكره في الفتح.

(*) المذهب لا فرق؛ لأن قسمته إفراز إذا كان نقداً معيناً، لا ديناً حتى يقبض.

---

[١] وفي حاشية: لجواز أن يرافع إلى عند من يرى أنها بيع في المثلي.

=

وارث سواه، فإنها تبطل المفاوضة بملكه ولو قبل قبضه. فأما لو كان معه وارث آخر لم تبطل حتى يقبضه.

وقال المؤيد بالله والناصر: تبطل بالميراث[١] قبل القبض والقسمة ولو كان معه شريك.

(*) وقد استشكل الفرق بين المنفرد وغيره في بعض حواشي التذكرة وشروح الأزهار وغيرها، فعرفت أن الميراث مبطل من غير فرق بين المنفرد والمتعدد، والقبض وغيره، وهو مذهب الإمام يحيى والمؤيد بالله، وقرره إمامنا. (شرح فتح). وقد يوجه كلام الأزهار بأنه إذا لم ينفرد فملكه غير مستقر؛ لجواز أن يحكم من يقول: إن القسمة بمعنى البيع مطلقاً. فينظر.

(١) قوي. وقواه حثيث، واختاره الإمام شرف الدين، واحتج له في شرح الفتح.

[الثانية: شركة العنان]

الثانية: **(العنَان**[١]**)** وشروطها هي شروط المفاوضة إلا أربعة منها **(وهي)**: أنها تصح بالعروض، فيصح **(أن يعقدا على النقد بعد الخلط**[٢] **أو العرض**[٣] **بعد التشارك**[٤]**)** فيه، وإلا لم تصح، والحيلة[٥] في التشارك أن يبيع كل واحد منهما من صاحبه من عرضه ما يريد أن يكون حصة له من نصف[٦] أو ثلث أو أقل أو أكثر، فيصيران[٧] شريكين[٨].

وقال الفقيه علي: إنما يصيران شريكين من بعد البيع[٩]؛ لأن الشركة إنما هي في الثمن[١٠]، ويشترط أن تجدد الشركة في الثمن[١١] بعد حصوله، فلو امتنع أحدهما من البيع[١٢] لم يجبر.

---

(١) العنان: هي بالفتح والكسر، والفتح أكثر. فإن قلنا: عنان بالفتح فاشتقاقها من عنَّ الشيء إذا ظهر، ومنه عنان السماء، وهو ما ظهر من السحاب، وعنَّ إذا عرض؛ لما اشتركا فيما ظهر وعرض من الربح. وأما بالكسر فمن عنان الفرس؛ لما كان الفارسان يستوي عناناهما عند المسابقة، وهذه يستوي فيها جنس المال. (زهور). ومثله في الصعيتري.

(*) ولا يشترط في العنان أن يأتيا بلفظها. (شرح مذاكرة) (قرير).

(٢) أو حاله. (قرير). ولا بد أن يكون الخلط على وجه لا يتميز كالمفاوضة. (قرير).

(٣) منقول أو غير منقول، ولو فلوساً.

(٤) ولو كان التشارك حاصلاً قبل العقد.

(٥) أي: الصورة.اهـ أي: صورة المسألة.

(٦) مثاله: أن يكون مع أحدهما أربعون سلعة، ومع الآخر عشرون سلعة، فيقول صاحب العشرين: بعت منك ثلث العشرين بثلث الأربعين السلعة. (سماع).

(٧) بنفس البيع. (سماع).

(٨) بعد عقدها. (قرير). وإن لم يتقابضا. (قرير).

(٩) وقبله شركة أملاك.

(*) الآخر.

(١٠) وفائدة الخلاف: لو تفاسخا قبل البيع عاد لكل واحد عين ماله، وعلى كلام الإمام يقتسمانه إلا أن يتراضيا. (قرير).

(١١) ولكنه يقال: لو كان هكذا لم يكن للحيلة فائدة. (صعيتري).

(١٢) الآخر.

قال مولانا عليه السلام: وظاهر كلام أصحابنا خلاف هذا، وأنهما قد صارا شريكين قبل البيع[(١)].

الثاني: أنها تصح **(ولو)** كان أحد الشريكين **(عبداً أو صبياً)** أو عبدين أو صبيين[(٢)] **(مأذونين[(٣)])**.

الثالث: أن العنان تصح سواء كان ملكهما مستوياً **(أو)** كانا **(متفاضلي المالين، فيتبع الخسر[(٤)] بالمال)** أي: يكون على كل واحد منهما قدر حصته في المال من نصف أو ثلث أو ربع **(مطلقاً)** أي: سواء شرطا المساواة في الخسر أم شرطا على أحدهما أكثر، فإنه لا تأثير للشرط[(٥)].

(وكذلك الربح) يتبع رأس المال أيضاً **(إن أطلقا)** ولم يذكرا كيفية الربح.

الحكم الرابع[(٦)]: جواز المفاضلة في الربح بخلاف المفاوضة، وهو معنى قوله: **(أو شرطا تفضيل غير العامل[(٧)])** فإنه ....

---

(١) فيجبر من امتنع. (بيان معنى). ولفظ البيان: ومفهوم كلام الشرح واللمع أنها قد صحت[١] شركتهما في العروض، فمن امتنع من بيعها أجبر عليه.

(٢) أو ذميين. (قرير).

(٣) إذ هي وكالة محضة، وليس فيها تفويض. (شرح بحر).

(٤) غير المضمون، وأما المضمون فعلى الجاني. (قرير).

(٥) لأنه يؤدي إلى تضمين الشريك وهو لا يضمن. (بيان).

(*) بل يلغو وتصح.

(٦) وأما الأربعة التي وافقت المفاوضة فيها: الأول: العقد. والثاني: مسلمان أو ذميان. والثالث: الخلط. والرابع: تفضيل غير العامل.

(٧) وإذا شرط لأحدهما قدر معلوم من الربح فسدت[٢] وكان الربح على قدر رأس المال. (بيان). وذلك لأن موضوع الشركة للاشتراك في الربح، ومن الجائز ألا يربح إلا ذلك القدر. (صعيتري).

(*) ووجهه: أن الزيادة ليست في مقابلة مال ولا غرض.

---

[١] ولفظ حاشية: المذهب أن قد صح الاشتراك، فيبيعان الجميع، إلا أن يتراضيا بالفسخ. (عامر).

[٢] وقيل: لا تفسد الشركة بالشرط الفاسد. (قرير) لأنها تقبل الجهالة، ذكره في الشرح. (برهان). وهو ظاهر الشرح في قوله: «لا تأثير للشرط».

لا حكم لهذا الشرط(١)، فيلحق الربح برأس المال.

(وإلا) يطلقا ولا يفضلا غير العامل، بل شرطا تفضيل العامل(٢) **(فحسب الشرط(٣))** أي: يلزم الوفاء بالشرط.

(ولا يصير أيهما فيما يتصرف فيه الآخر وكيلاً(٤) ولا كفيلاً) فكل واحد منهما ليس بملزوم بما لزم الآخر، لكن لكل واحد منهما أن يرجع على صاحبه(٥)

---

(١) بل يلغو. (قرير). لأن الشركة تصح مع الجهالة، والشرط لا يبطلها، كالنكاح والطلاق والعتاق. (صعيتري)[١].

(٢) صح الشرط ولو عمل الثاني؛ لأنها تقابل عملاً، ولأن أحدهما قد يكون أبصر. (زهرة، وبيان).

(*) وعمل. (شامي).

(٣) يعني: حيث دخلا في الشركة على أن أحدهما يعمل دون الثاني[٢]، فإذا شرط الفضل للذي يعمل جاز، ولو عمل الذي شرط أنه لا يعمل لم يستحق شيئاً سوى ما شرط له. (كواكب).

(٤) لأنها ليست بوكالة محضة.

(*) بالنظر إلى الغير، وأما بعضهم البعض فكل واحد لصاحبه وكيل.

(٥) من الشيء المشترك أو ثمنه. اهـ أو من الدين الذي يلزمه إذا صادقه صاحبه عليه، أو ثبت بالبينة والحكم، وأما بإقرار شريكه فلا يلزمه، ذكره في التفريعات. ولعله مبني على أن إقرار الوكيل لا يلزم الموكل، والله أعلم[٣]. فإن قيل: إن الوكيل أمين فيقبل قوله، فكيف قلتم: يبين بالدين؟ قلنا: هو يريد إلزام الموكل ديناً[٤]، فكان عليه البينة به. (كواكب لفظاً).

---

[١] لفظ الصعيتري: لنا على أنها لا تبطل هو أن هذه الشركة يصح عقدها مع جهالة قدر الربح؛ لأنه مع اشتراط كونه نصفين أو أثلاثاً مجهول، وكل ما يصح مع الجهالة فالشرط لا يبطله ولو بطل الشرط، كالطلاق والعتاق.

[٢] أو كانا عاملين وشرطا تفضيل أشقهما عملاً فحسب الشرط، ولو استوى عملهما فكذا أيضاً. (حاشية سحولي لفظاً).

[٣] والمذهب أن إقرار الوكيل يصح على الموكل.

[٤] بخلاف ما يأتي.

في حصته، ولا له أن يطالب بها للآخر(١).

---

(١) **مسألة**: وإذا شارك أحدهما[١] رجلاً ثالثاً شركة عنان في شيء من مالهما الذي اشتركا فيه كان ما اشتراه الثالث له نصفه، ولهما نصفه [بقدر ما سلم إليه. (قرر)] وكذا فيما اشتراه هذا المشارك[٢] له مما شاركه فيه، وما اشتراه شريكه الأول فهو لهما دون الثالث، وكذا ما اشتراه هذا الثاني مما لم يشارك الثالث فيه [فهو لهما دون الثالث]. (بيان) (قرر).

مسألة: وإذا شارك أحدهما رجلاً ثالثاً شركة مفاوضة، فإن كان بمحضر شريكه الأول بطلت شركته[٣] مع الأول وصحت شركته مفاوضة مع الثالث، وإن كان بغير محضره لم تبطل الأولى[٤] وصحت الثانية[٥] عناناً، ذكر هاتين المسألتين في التفريعات. (بيان بلفظه).

---

[١] صورته: أن زيداً وعمراً عقدا شركة العنان في ثلاثمائة مثلاً، ثم عقد زيد وبكر في مائة منها شركة عنان، فما ربحه بكر كان له نصف الربح، ولزيد وعمرو نصف، بينهما نصفان، وأما ربح زيد فهو بينه وبين عمرو فقط، وكذا ما ربح زيد فهو بينهما لا يشاركهما فيه بكر، إلا فيما شراه زيد بما عقدا فيه من المال بينه وبين بكر فيكون بينهم الجميع على قدر المال.

[٢] وهو الثاني.

[٣] لأن من شرط الشركة الثانية أن يخرج جميع ما يملكه، فيكون عزلاً حيث كان في محضر شريكه. (من خط الهبل).

[٤] لأنه لم يصح العزل، ولعل الشركة الثانية التي هي العنان -يعني: التي صارت عناناً لعدم صحة المفاوضة- تكون لهما، أعني: للشريكين الأولين، لأن المشارك منهما وكيل لصاحبه مفوض. (هبل) (قرر).

[٥] وكذا الأولى تكون عناناً. (قرر).

[الثالثة: شركة الوجوه]

الثالثة: شركة **(الوجوه[(١)])** وهي **(أن يوكل كل من جائزي التصرف صاحبه[(٢)] أن يجعل له فيما استدان[(٣)] أو)** فيما **(اشترى[(٤)] جزءاً[(٥)] معلوماً ويتجر فيه[(٦)])**.

وقال الشافعي: لا تصح هذه الشركة.

(ويعينان الجنس[(٧)]) الذي يتصرفان فيه. قال الفقيه محمد بن سليمان والفقيه

---

(١) وهي وكالة محضة، لأنهما لا يعقدانها على مال حاضر. (بيان).

(*) وسميت وجوهاً لأنهما يتقبلان العمل بوجوههما.اهـ ولفظ الوجوه: أن يقول كل واحد لصاحبه: وكلتك أن تجعل لي نصف ما استدنت أو ما اشتريت، وتتجر فيه.

(٢) وعقدها ما ذكرنا، أو: عقدنا شركة الوجوه. (بحر).

(٣) من النقود. (بيان). ولا بد من الإضافة في القرض[١] لفظاً. (زهور). وظاهر الأزهار أنه لا يحتاج إلى الإضافة لفظاً. (قرير).

(٤) من العروض. (بيان).

(٥) ولا يحتاج إلى أن ينوي ذلك الجزء عن شريكه أو يضيفه إليه؛ لأن عقد المشاركة قد كفى في ذلك، فيقع ذلك عن الشريك ما لم ينوه لنفسه.

(٦) إن أحب [٢]، لكن إذا لم يتجر خرجت عن كونها شركة وجوه. (شامي). وقيل: ليس بوجه للانفساخ، فتكون الشركة باقية. (سيدنا حسن) (قرير).

(*) **مسألة**: ولا يصح الاشتراك فيما يحصل من الهبة وقبض الزكاة؛ لأن التمليك يقع إليه، إلا أن يعين لهما، ذكره الفقيه محمد بن سليمان. (بيان).

(*) لكنه إذا لم يتجر خرجت عن كونها شركة وجوه.

(*) إن أحب، وإلا دفعه إليه. (قرير).

(٧) والنوع والصفة والثمن. (قرير).

---

[١] وأما الشراء فلا يحتاج إلى نية ما لم ينوه لنفسه. (بهران).

[٢] وإلا دفعه إليه. (قرير).

=

يحيى البحيبح: هذا إذا لم يفوضا، بل أرادا جنساً من الأجناس، وكذا في الوكالة، وإنما يلزم تعيين الجنس **(إن خصا**[(١)]**)** أي: لم يفوضا[(٢)].

(وهي) في الحكم **(كالعنان إلا في لحوق الربح والخسر**[(٣)] **بالمال مطلقاً)** أي: سواء شرطا تفضيل العامل أم غيره[(٤)].

تنبيه[(٥)]: قال في التفريعات: حكم هذه الشركة حكم شركة العنان في أن ما لزم أحدهما لم يطالب به الآخر ما لم ينطقا بالتفويض[(٦)].

(*) **مسألة**: ولا تصح الشركة في إجارة الحيوانات، نحو إجارة دوابهما أو نحوها[١] على أن يكون الكراء بينهما، ذكره في الشرح، فلو فعلا كان كراء الدابة لصاحبها، وللذي أكراها أجرة ما عمل لصاحبه حيث أكراها غير مالكها. (بيان). وقال المفتي: لا مانع من صحة ذلك إن لم يمنع إجماع.

(١) أي: سكتا. (قرير).

(٢) صوابه: لم يطلقا. [ينطقا (نخ)].

(٣) الأولى حذف الخسر؛ لأنهما على سواء، فلا معنى للاستثناء.اهـ يقال: ألحقه لأجل التبعية. (شامي).

(٤) وإنما لم يجز اختلافهما هنا في الربح لأنها ليست معقودة على مال، وإنما الربح مستحق على الضمان، وقد قال ﷺ: ((الخراج بالضمان))، فإذا شرط خلافه أدى إلى تضمين الشريك، وهو لا يضمن، بخلاف العنان فهي معقودة على مال فشابهت المضاربة. (شرح أثمار). والمضاربة تصح إن شرط له قليل أو كثير. (شرح فتح).

(٥) لا فائدة لذكر التنبيه، والله أعلم.

(٦) لا فرق وإن نطقا؛ لأنها معقودة على التوكيل.

---

[١] كالدور والأراضي ونحوها. (هامش بيان).

[الرابعة: شركة الأبدان]

الرابعة: شركة **(الأبدان[(١)])**. وهي جائزة عندنا وأبي حنيفة، خلافاً

---

(١) وهي في الأعمال والصناعات. (بيان).

(*) سميت بذلك لأنهما يتقبلان بأبدانهما.

(*) **فائدة**: إذا كان جماعة إخوة أو غيرهم مشتركين في الأعمال، فكان بعضهم يعمل في المال، وبعضهم يخدم البقر ويعلفهن، وبعضهم يقوم في حوائج البيت وإصلاحه، وبعضهم يبيع ويشتري في الأسواق، وكل واحد لا ينتظم له الحال في عمله إلا بكفاية الآخر في العمل، فهذه نحو شركة الأبدان، فيكون ما يحصل من المصالح من كل واحد مشتركاً بينهم الجميع، لا فضل لأحدهم على الآخر[١] حسب ما تضمنته شركة الأبدان. (من خط سيدنا عبدالله الناظري). ما ذكره يصح إذا لم تعتبر الإضافة إلى الموكل، ولم يضف أحدهم إلى نفسه فقط، فهذا الذي تقتضيه الأصول. (شامي). والمختار كلام الناظري للعرف، وهو الذي جرت به فتاوي مولانا المتوكل على الله عليه السلام، وبه عمل المتأخرون، وجرى به العرف أن ما اكتسبه أحد الشركاء فهو للجميع وعلى الجميع ولو أضافه إلى نفسه. (من إملاء سيدنا العلامة الحسن بن أحمد الشبيبي رحمه الله) (قرير).

(*) **فائدة**: الظاهر في أحوال الشركاء في هذه الجهات أن ما أحدثه أحدهم من زيادة في بناء ونحوه لما هو مشترك بينهم في حال اشتراكهم واختلاطهم فالظاهر استواؤهم فيه، وأما ما اكتسبه أحدهم فإن اشتراه وأضاف للجميع فظاهر، وإن اشتراه لنفسه وسلم الثمن مما هو مشترك بينهم كان غاصباً لقدر حصصهم، فإن سلم من النقد -وقلنا بتعينه في الغصب- أو من غيره فالشراء باطل، وإن قلنا: لا يتعين النقد كان الشراء له، وغرم لشركائه قدر حصصهم من النقد، والله أعلم. هذا مقتضى أصول أهل المذهب، ....=

---

[١] وما اكتسبه من الإخوة المجتمعين فما حصل من غلات أرضهم وأجرة عمل، ولأحد الإخوة أولاد دون الآخرين، وكلهم الإخوة وأولاد أخيهم يعملون كل ما يليق به: فبعضهم راعٍ، وبعضهم يزرع، وبعضهم حامٍ، ونحو ذلك من الأعمال، فما حصّلوا كان بينهم على الرؤوس، لا ما حصل من بذر غلات الإخوة لم يشاركهم فيها الأولاد من بني الإخوة، بل يكون للإخوة بعد إخراج أجرة الأرض بينهم جميعاً الإخوة وبنيهم والزوجات، وأجرة الأراضي ما جرى به العرف من نصف أو ثلث أو ربع حسب العرف، وهكذا في بني الإخوة وزوجات الإخوة وزوجات بني الإخوة إذا كانوا يعاونون الإخوة بالأعمال وغيرها. (قرير).

=

للشافعي(١).

وهي: **(أن يوكل كل من الصانعين(٢) الآخر أن يتقبل ويعمل عنه(٣) في**

= وأما ما جرى به العرف وبه الفتوى وعليه العمل أن ما اكتسبه أحد الشركاء لنفسه يكون للجميع وعلى الجميع. (إملاء سيدنا حسن الشبيبي رحمه الله) (قررو). ومن جواب المتوكل على الله ما لفظه: لا يستقل المشتري والحال ما ذكر بشيء مما شراه وإن خص نفسه بالإضافة من بيع وشراء أو غير ذلك مما مداره على الأعمال والتصرفات بالكسب والفلاحة، بل يكون للجميع وعلى الجميع كما تقتضيه الشركة، ولا يعتبر هاهنا عقدها، بل يجري التراضي بها مجراه؛ إذ لا ينضبط العدل الذي أمر الله تعالى به في مثل هذا إلا بذلك؛ لعدم تيقن مقدار عمل كل عامل، ولحديث: ((إنما كنت رزقت بمواظبة أخيك على المسجد))، وإنما يستقل بما استقل بسبب، لا من قبل الفلاحة والكسب، كمهر، وأرش جناية، والله أعلم. ومن خطه عليه السلام نقل. (من خط القاضي مهدي الشبيبي رحمه الله تعالى).

(١) والليث وابن حي. (بحر).

(٢) صوابه: من جائزي التصرف، سواء كانا صانعين أم لا؛ لانه يصح الاستنابة حيث لم يشترط ولا جرى عرف.اهـ ينظر؛ لأنه قد تقدم خلافه حيث قلنا: «مقدورة للأجير».اهـ قد اختير خلافه فيما مر.

(٣) المعتبر التقبل، وأما العمل فمطلقاً، سواء عمل عنه أم لا. (فتح).

(*) هذا ليس بشرط[١]، بل هما بالخيار: إما كان كل واحد يعمل ما تقبله عن نفسه وعن شريكه، وإلا كان يعمل نصف ما تقبله هو ونصف ما تقبله شريكه. (كواكب لفظاً).

(*) قال في الكواكب: ولا يحتاج إلى إضافة إلى صاحبه، وظاهره لا لفظاً ولا نية. (كواكب). فيكون لهما جميعاً، ما لم ينوه لنفسه فقط. (حاشية سحولي).

(*) ثم يكون مخيراً بين أن يعمله عنه أو يدفع[٢] إليه نصفه يعمله هو. (بيان).

---

[١] قيل: إنما ذكره ليخرج عن التبرع.

[٢]حيث جرت العادة بالدفع، أو شرط لنفسه[٠] كما تقدم في الإجارة، وإلا لزمه العمل[٠٠]. قال في البيان: ولا تصح شركة الأبدان إلا فيما يجوز فيه التوكيل، لا الاحتطاب والاحتشاش ونحوهما. (بيان معنى) (قررو).

[٠] أو علم المالك شركة الأبدان.

[٠٠] وفي هامش البيان ما لفظه: هذا حيث للأجير الاستنابة، أو جرى عرف بالاستنابة، ولم يشرط عدم الاستنابة.

قدر معلوم مما استؤجر عليه(١)**)** مثاله: أن يقول كل واحد من النجارين أو الخياطين أو النجار والخياط: وكلتك أن تَقَبَّل عني ثلث ما استؤجرت عليه أو ربعه أو نحو ذلك من النجارة أو الخياطة، وتعمله عني(٢) **(ويعينان الصنعة**(٣)**)** فلا بد من ذكر النجارة أو الخياطة أو نحو ذلك.

قال الفقيه يوسف والفقيه علي: وإنما يلزم تعيين الصنعة حيث لم يقع(٤)

---

(١) **مسألة**: من أعطى غيره بيضاً ليضعه تحت دجاجته على أن يكون ما يحصل من الفراخ بينهما نصفين أو أثلاثاً فإنه لا يصح؛ لجهالة الأجرة، بل تكون الفراخ لصاحب البيض، ولمالك الدجاجة أجرتها، فإن جرت العادة بإجارتها لذلك بالنقد أو نحوه وجبت أجرة مثلها. قال الفقيه محمد بن سليمان: فلو كانت العادة جارية بإجارتها بنصف الفراخ وجبت قيمة نصف الفراخ يوم فطامها[١]، وإن لم تجر العادة بإجارتها لذلك قط فقيل: يجب له قيمة بيضها التي كانت تبيض في تلك المدة لو لم تحضن. وقيل: ما نقص من قيمتها بالحضن[٢]. فلو طارت الدجاجة من فوق البيض فلا أجرة لها[٣]؛ لأنها أبطلت فعلها. (بيان لفظاً).

(*) **مسألة**: ويصح الاشتراك في الزراعة، نحو أن تكون الأرض من أحدهم، ومن الثاني البقر، ومن الثالث آلة العمل، ومن الرابع العمل، ويكون البذر منهم أرباعاً، فما يحصل من الزرع يكون بينهم أرباعاً. (بيان).

(٢) إن أراد.

(٣) وإلا فسدت. (زهور) (*قرير*).

(٤) في كل ما يأتي إليه، ثم لا يحتاج عند عقد الإجارة أن يضيف إلى شريكه، ولهما أن يعملا مجتمعين ومفترقين، وأيهما عمل العمل وحده فأجرته لهما معاً، وإن عمل أحدهما ولم يعمل الثاني فهو كما مر في شركة العنان. (بيان) (*قرير*). ....=

---

[١] وهو حين تنقر الدجاجة أولادها.

[*] والعرف مطرد بالمشاركة في الحيوانات جميعها أن الأجرة من أعيانها، وهو معمول به في جميع المعاملات، وصرح به في البيان في البيع في فصل قبض المبيع في الرابعة عشرة مسألة. (سماع سيدنا حسن رحمه الله) (*قرير*). ينظر، فالذي تقدم هو في لوازم العقود ونحوها وما يتبعها، فينظر في صحة ما ذكر.

[٢] وهو ما بين قيمتها حاضنة وغير حاضنة. (هامش بيان).

[٣] ولا شيء على مالك الدجاجة في البيض إذا فسد، ولا على ذي البيض في الدجاجة إذا تلفت، إلا لجناية أو تفريط. (بيان).

=

تفويض كما تقدم في الوجوه.

(والربح(١) **والخسر**(٢) **فيها يتبعان التقبل)** وذلك لأن الربح والخسر يتبعان

= **مسألة**: وإذا اشتركا فيما يتملكانه من الزكاة أو الهبة أو نحوهما: فإن وقع الصرف في الهبة أو الزكاة له مطلقاً كان له وحده[١] ولو نواه له ولشريكه، وإن وقع ذلك له ولشريكه أو له ولمن وكله كان لهما معاً ولو لم يذكر اسم موكله. (بيان بلفظه).

(*) **مسألة**: ويصح أن يشترك جماعة في أجرة الطحن، نحو أن يكون من أحدهم الرحا، ومن الثاني البيت، ومن الثالث المنخل والنخل، ومن الرابع الطحن، فتكون الأجرة بينهم أرباعاً حيث شرطوا ذلك، ذكره في البحر. (بيان). وإن لم يشترطوا فلكل واحد أجرة المثل على مالك الحب. (سماع شامي) (قرير).

مسألة: ويصح الاشتراك في طعام المزاود، وهو أن يخلط الرجلان أو الجماعة طعامهم ليأكلوه معاً؛ لأن بالاختلاط والاجتماع تعظم البركة، وليس في ذلك شيء من الربا ولو اختلف طعامهم أو اختلفوا في الأكل[٢]، وقد فعله النبي صلى الله عليه وآله وسلم وأصحابه، ذكر ذلك في الانتصار. (بيان).

(١) الأجرة.

(*) أما الربح فواضح، وأما الخسر ففي ضمان العمل كذلك، وأما ضمان المصنوع فلا يتصور إلا في صورة واحدة، وذلك حيث يضمِّن المالك أحدهما الأمر الغالب برضا الآخر، وأما غير الغالب فلا يتصور؛ لأن كل واحد منهما أجير مشترك للآخر، إلا أن يبرئ كل واحد منهما صاحبه من الضمان صح، وضمنا للمستأجر، وكان على قدر التقبل. (تكميل). المختار أن الضمان يتبع التقبل مطلقاً؛ لأن ذلك حكم شركة الأبدان، كما تقدم في المضاربة إذا ضمن، ولا نسلم أن كل واحد أجير مشترك. (غاية). وقواه[٣] السيد عبدالله المؤيدي.

(٢) ضمان المعمول فيه. (بيان).

---

[١] إلا أن ينوي الصارف لهما معاً فلهما معاً. (قرير).

[٢] مع عدم قصد أكل الأكثر، وإلا حرم.

[٣] وفي هامش البيان ما لفظه: وقال السيد عبدالله المؤيدي والمفتي والفقيه يوسف: إن كل واحد منهما أمين للآخر[٠]. (سماع تهامي)، ومعناه في الغاية، ومثله ظاهر الأزهار.

[٠] ولا يضمن أحدهما لصاحبه إلا ما جنى أو فرط، ويضمنان معاً للمالك غير الغالب.

=

الضمان[١]، والضمان على قدر التقبل[٢]، فصاحب الثلث يضمن[٣] الثلث، وصاحب النصف يضمن النصف، وكذلك الربح[٤] والخسر على قدر ذلك.

(وهي توكيل[٥]) أي: معقودة على التوكيل بالعمل، لا على الضمان **(في الأصح)** من القولين، وهو قول المؤيد بالله وأحد قولي أبي العباس وأحد احتمالي أبي طالب.

وقال أبو حنيفة، وحكاه في الشرح عن أبي العباس، وهو أحد احتمالي أبي طالب: إنها معقودة على الضمان.

ومعنى كونها توكيلاً: أن أحدهما إذا تقبل كان هو المطالب بالعمل[٦] دون صاحبه، ولو كان العمل عليهما والأجرة لهما، وله أن يرجع على صاحبه بما

(*) ضمان ما تلف.

(١) هذا في ضمانها للمالك، وأما فيما بينهما فكل واحد منهما أمين للآخر، ولا يضمن إلا حصته فقط، والآخر يضمن حصته؛ لأن كل واحد منهما وكيل للآخر، لكن للمالك أن يطالب العاقد بالجميع؛ لأن الحقوق تعلق بالوكيل، إلا أن يضيف فلا يطالب إلا بحصته، وحيث يسلم الآخر الجميع فله الرجوع على الآخر بحصته، ما لم يكن مضمناً أو تلف بجناية أو تفريط فلا شيء على الآخر، وإذا ضمن الآخر هنا رجع عليه بما سلم، ولا يقال: إن كل واحد أبرأ الآخر مما يضمنه الأجير المشترك؛ لأنا نقول: هي معقودة على التوكيل لا على الضمان؛ فلا يحتاج إلى هذا الحمل والتأول. (مفتي).

(٢) ضمان العمل وغيره.

(٣) أي: ضمان العمل.اهـ بل وضمان العين على المختار؛ لأن الكلام على ظاهره. (قرير).

(٤) أي: الأجرة. (قرير).

(٥) واعلم أن شركة المفاوضة معقودة على الضمان اتفاقاً، وشركة العنان والوجوه معقودة على التوكيل اتفاقاً، وأما شركة الأبدان فعلى الخلاف[١]. (قرير). ومعناه في الغيث.

(*) قد فهم من قوله: «أن يوكل».

(٦) جميعه، وقبض الأجرة. (قرير).

---

[١] المختار على التوكيل.

طولب به[١].

ومعنى كونها معقودة على الضمان: أن أحدهما إذا تقبل عملاً فإنه يطالب به هو وصاحبه، وكذا المطالبة بالأجرة تثبت لهما جميعاً.

(وتنفسخ[٢] باختلاف الصانعين في الأجرة أو الضمان[٣]) نحو أن يقول أحدهما: لي نصف الأجرة، وقال الآخر: بل ثلثها أو نحو ذلك، ونحو أن يقول أحدهما: عليك من الضمان[٤] نصفه، وقال الآخر: بل ثلثه، فإنها تنفسخ فيما بينهما في المستقبل **(والقول لكل[٥] فيما هو في يده[٦])** في الماضي. **(لا بترك**

---

(١) من العمل والضمان. (بيان معنى) (قرير).

(٢) شركة الأبدان.

(٣) يعني: من العمل.

(*) ولفظ البيان: باختلافهما في كيفية الشرط بينهما في الربح أو العمل أو الضمان. (قرير).

(٤) يعني: من العمل. وأما ضمان العين فيتبع العمل مطلقاً.

(٥) يعني: في الأجرة، عكس الضمان. (أثمار). قال في الشرح: يعني: إذا وقع الاختلاف في قدر الأجرة، أو في قدر كم لكل واحد منهما، وكذا في تلفها - فالقول قول من العين في يده. وإن وقع الاختلاف في الضمان، كأن يقول أحدهما لصاحبه: عليك ضمان نصف، ويقول الآخر: بل ثلث أو نحو ذلك، وكذلك في التلف، وقدر التالف - فالقول قول من ليست العين في يده؛ لأن الأصل عدم ذلك. (شرح بهران).

(*) يعني: إذا اختلفا في قدر الأجرة، وأما إذا اختلفا في قدر الضمان اللازم لكل واحد منهما فلعل القول لغير ذي اليد.

(٦) في جميع الشرك. (قرير).

(*) يعني: في قدر الربح الذي حصل له، وفي تلفه، وأما فيما ادعاه من الضمان فعليه البينة به. (كواكب لفظاً).

(*) يعني: في أنه لم يتقبل فيه لشريكه إلا كذا؛ لأن الظاهر معه؛ لأنه المباشر للعقد. (مفتاح).

(*) بالنظر إلى الأجرة. والضمان إلى من ليس هو في يده.

أحدهما العمل) فإنها لا تنفسخ، ويستحق تارك العمل نصيبه من الأجرة(١).

---

(١) لكن إن عمل الثاني وهو عالم بترك صاحبه للعمل فهو متبرع، وإن عمل وهو يظن أن صاحبه يعمل مثله ثم بان خلافه فإنه يرجع على صاحبه بنصف أجرته[١] فيما عمل له، ذكره الفقيه حسن[٢]. يعني: حيث هما سواء في رأس المال، فلو كان لأحدهما أكثر رجع العامل على شريكه بأجرته فيما عمل له. (كواكب)[٣].

---

[١] يعني: يسلم لشريكه حصته من المسمى، ويرجع على شريكه بأجرة المثل. (كواكب).

[٢] ومثل معناه في البيان في شركة العنان.

[٣] ذكر هذا في الكواكب في شركة العنان، وقال في شركة الأبدان: قوله: «وإن لم يعمل أحدهما» الكلام فيه كما تقدم في شركة العنان إذا عمل أحدهما دون الثاني.

(فصل): في بيان ما تنفسخ به الشركة بعد صحتها

(و) اعلم أنها **(تنفسخ كل هذه الشرك بـ)** ـأمور أربعة[(١)]، وهي: **(الفسخ، والجحد، والردة، والموت[(٢)])** أما الفسخ فظاهر.

وأما الجحد: فهو أن يجحد أحدهما عقد الشركة، فتبطل على ما ذكره أبو العباس؛ لأن ذلك عزل لنفسه من الوكالة ولصاحبه من التوكيل.

قال الفقيه علي: وهذا يستقيم إذا كان في حضرة صاحبه[(٣)]، فإن كان في غيبته لم ينعزل[(٤)].

وأما الردة فذكرها الفقيه حسن، يعني: إذا ارتد أحد الشريكين[(٥)] انفسخت الشركة بينهما.

قال مولانا عليه السلام: وفيه نظر[(٦)]؛ لأنه لا بد من اللحوق.

وأما الموت فوجهه: أنها وكالة، وهي تبطل بالموت.

قال الفقيه علي: ويقتسم الورثة العروض، ولا يجبرون على البيع[(٧)]؛ لأنها

---

(١) صوابه: بأحد أمور أربعة.

(٢) أو أسلم أحدهما، أو حجر عليه الحاكم[١].اهـ وعزل وجنون وإغماء. (هداية). ويبقيان شريكين [أي: شركة أملاك] ما لم يقتسما. (بحر)[٢].

(٣) أو علمه بكتاب أو رسول. (قرير).

(٤) الجاحد.

(*) يعني: هو، وأما شريكه فينعزل ولو في الغيبة. (غيث). ولفظ البيان في الوكالة: وكذا في الشريكين إذا أراد أحدهما عزل نفسه عن وكالة صاحبه، وأما إذا عزل صاحبه عن وكالته فإنه يصح متى شاء. (بلفظه).

(٥) فلو ارتدا معاً في حالة واحدة لم تنفسخ.

(٦) لا نظر؛ لأنه قد شرط إسلامهما في الأزهار.

(٧) وهذا ما لم يشرطا تفضيل العامل، وأما لو شرطا لزمه البيع كالمضاربة؛ لتعرف الحصة التي له من الربح. (زهرة) (قرير).

---

[١] لأنه فرع عن الموكل، وإذا بطل تصرف الأصل بطل الفرع. (صعيتري).

[٢] ذكر هذا في البحر في شركة العنان.

=

شركة، بخلاف المضاربة[١].

(و)هذه الشرك **(يدخلها التعليق والتوقيت)** أما التعليق: فهو أن يعلقاها على شرط مستقبل، نحو إذا جاء زيد[٢]، فإن حصل الشرط انعقدت، وإلا فلا. والتوقيت: أن يقيداها بسنة أو شهر أو نحو ذلك.

(*) بل يجبرون، ويأخذ كل واحد حصته.

(١) يقال: لا فرق بينها وبين المضاربة.

(٢) يقال: هذا شرط وليس بتعليق؛ إذ ليس مقطوعاً بحصوله، والتعليق نحو: إذا جاء رأس الشهر أو نحوه مما هو مقطوع بحصوله، وقد تقدم نظيره في المضاربة على قوله: «والتعليق».

(*) فقد عقدنا شركة كذا، أو نحو ذلك. (بهران).

(باب شركة الأملاك)

اعلم أنها أنواع[(١)]، فمنها العلو والسفل[(٢)]، ومنها: الحائط، ومنها: السكك، ومنها: الشرب. وقد تكلم عليه على كل واحد منها.

(فصل): في شركة العلو والسفل

وإذا كان لرجل سُفُلُ بيتٍ وعلوُّه لرجل آخر إما عن قسمة[(٣)] أو شراء أحدهما من صاحبه، فإنه إذا انهدم السفل وأراد صاحب العلو أن يبني بيته فامتنع صاحب السفل من بناء بيته فإنه **(يجبر[(٤)] رب السفل[(٥)] الموسر[(٦)] على**

---

(١) أربعة.

(٢) بضم العين والسين وكسرهما لغتان. (ضياء، وصحاح).

(٣) أو نذر أو وصية.

(٤) الحاكم ولو من الصلاحية.

(٥) **فائدة**: إذا خشي صاحب السفل انهدام سفله فإن أمكنه هدمه بغير إضرار جاز، وعليه أن يتحرز حال الهدم من إضرار العلو، وإن لم يمكنه إلا بإضرار العلو فإن لم يخش مضرة من انهدام السفل على الغير لم يجز هدمه، وإن خشي ذلك فربما يجوز، هكذا ذكره الدواري في الديباج. (مقصد حسن). بل يجب، ويجبر رب العلو على الصلاح له.اهـ وهل يضمن لصاحب العلو إذا قد أباح له الشرع ذلك؟ لعله يقال: يضمن، كمن أبيح له طعام الغير وقد اضطر إليه. وسيأتي في كسر المحبرة كلام فينظر، وأيضاً فهو مباشر[1]. (حثيث). ما لم يكن غائباً أو متمرداً، فأما إذا كان غائباً أو متمرداً فلا يضمن.

(*) ونحوه، كالأرض المشتركة التي تشرب موجاً فإنه يجبر رب المدغر على إصلاحه لينتفع رب الموقر.اهـ ومن ذلك ساقية لضيعتين فارتفعت إحداهما، فطلب صاحبها نقل موضع قسمة الماء إلى أرفع، فإن له ذلك على وجه لا يضر صاحبه. (شرح فتح معنى). وقال الفقيه أحمد بن سليمان بن أبي الرجال: ليس له ذلك. [بل يجب الإصلاح. (قرير)] قال الإمام المهدي في البحر: وهو أولى إن تضرر شريكه بذلك. (وابل).

(٦) وحد الموسر: أن يتمكن من إصلاحه زائداً على ما يستثنى للمفلس.

---

[١] وعن المفتي لا يضمن، وهو القوي، وقواه القاضي عامر، وقرره الشامي؛ لأنه غير متعد، والأسباب التي توجب الضمان مع التعدي في فعل السبب.

إصلاحه غالباً) احترازاً[١] من أن تكون التعلية استثناها بائع السفل، فإنه إذا انهدم السفل قبل وقوع التعلية لم يجبر المشتري[٢] على إصلاحه؛ لأن التعلية غير مستحقة لصاحبها هنا إلا حيث السفل معمور؛ لأن المستثني كأنه قال: واستثنيت التعلية إن كان البناء قائماً. فأما لو انهدم السفل بعد وقوع[٣] التعلية أجبر على إصلاحه.

نعم، وإنما أوجبنا على رب السفل إصلاح حقه **(ليتفع رب العلو. فإن غاب[٤])** رب السفل **(أو أعسر[٥] أو تمرد)** عن البناء وطلب صاحب العلو أن

---

(١) الأولى في الاحتراز من صورة، وهي إذا باع السفل واستثنى الهواء فوقه لا للعمارة، ففي هذا ليس له حق التعلية عليه، فإذا انهدم لم يلزم صاحبه بناؤه[١]، ذكره الفقيه يوسف، وهو المعمول عليه. (كواكب معنى). وكذا لو استثنى البائع أن يعلي فوق أذرع معلومة استثنى المشتري تعليتها ثم يبني البائع فوقها فهو مستقيم؛ لأنه لا يجبر المشتري[٢]، بخلاف صورة الكتاب فقد ثبت الحق فيها فيجبر. و(قرر).

(٢) بل يجبر على المختار، سواء كان قد وقعت التعلية أم لا. (قرر).

(*) للسفل.

(٣) لا فرق.

(٤) بريداً. (وابل).

(*) وهكذا في كل شيء مشترك أنفق عليه أحدهما أو غرم عليه، وهكذا في الوديعة والعارية والرهن والمؤجرة إذا أنفق عليها من هي في يده. (بيان).

(٥) ولا بد من الإذن أو التمرد مع الإعسار. (حاشية سحولي معنى). لجواز أن يبيع أو يستقرض.

---

[١] وليس له عمارته على الأساطين إلا على وجه لا يستعمل ملك شريكه. (قرر). وهذا هو الذي يفسر به صورة غالباً في الأزهار، لا كما في الشرح. (قرر).

[٢] قال في حاشية السحولي: فإذا انهدم قبل وقوع الذراعين لم يجبر على البناء، أما لو كان الانهدام بعد فعل الذراعين وجب عليه بناؤه ولو كان قبل حصول التعلية.

يبني بيته **(فهو**[(١)]**)** قائم في ذلك مقام مالكه[(٢)]. **(و)**إذا بناه فله أن **(يحبسه**[(٣)]**)** عن صاحبه حتى يسلم ما غرم فيه **(أو يكريه**[(٤)]**)** حتى يستوفي غرامته من الكراء **(أو يستعمله**[(٥)] **بغرمه)** ثم يرده لصاحبه.

وهل يحتاج إلى أمر الحاكم[(٦)] مع الغيبة والإعسار والتمرد أم لا؟ أما مع الغيبة

---

(١) هذا حيث بناها بآلاتها الأولى، وأما إذا عمرها بآلات منه فمع وجود الأولى [وصلاحها] فهو متبرع، ولا شيء له[١] إن نواه لصاحب السفل، وإن لم ينو لم يكن له إلا رفع بنائه؛ لأنه متعد. (بيان معنى) (قرير). وإن عدمت الأولى فإن نواه لصاحب[٢] السفل رجع عليه بقيمته وما غرم مما هو معتاد، وإن لم ينو كان له قيمته قائماً ليس له حق البقاء، أو قلعه وأخذ أرش النقص، ورب السفل هو أولى بشرائه بالأولوية[٣]. (وابل، وبيان). وإن بناه بآلته الأولى وآلة منه فله نقض آلاته ما لم يؤد إلى هدم العمارة التي بآلاتها. (بيان) (قرير). ولفظ البيان **فرع**: وهذا حيث عمر ...إلخ.

(*) قيل[٤]: فإذا كان لرجل مال ولم يقم به كان لأهل الأملاك الذين عنده القيام به، والأجرة عليه لهم حيث هو يضرهم. (حثيث).

(٢) بلا حاكم. (حاشية سحولي).

(٣) مطلقاً ولو بغير إذن الحاكم، ولا ضمان إن تلف بغير تفريط.

(*) ظاهر الزهور وغيره أنه يمنعه من العرصة والجدار.

(*) ولا أجرة عليه لحبسه. (حاشية سحولي) (قرير).

(٤) بإذنه أو الحاكم؛ لأنه استيفاء حق. (قرير).

(٥) بإذنه أو الحاكم. (قرير).

(٦) يعني: في البناء.

---

[١] من الآلة وقيمتها، ويرجع عليه بما غرم في العمارة. (كواكب) و(قرير).

[٢] وقد ملكها صاحب السفل بهذه النية، صرح به في الزهور وغيره، فهذا ملك قهري. (من خط حثيث) (قرير).

[٣] قيل: لا أولوية إلا في حق الوارث. (قرير).

[*] هذا على قاعدة ابن مظفر، والمذهب لا أولوية إلا فيما باعه الوصي لتنفيذ وصايا الميت أو لقضاء دينه. (قرير).

[٤] قال في الأم: هذا التذهيب من وقت القراءة على الشيخ، وليس لسيدنا حسن.

فذكر القاضي زيد أنه لا يحتاج، ونص عليه الهادي عليه السلام في المنتخب في مسألة الرهن[(١)]. والغيبة التي تعتبر هي التي يجوز معها الحكم على الغائب[(٢)] على الخلاف.

وقال أبو حنيفة والشافعي: لا بد من أمر الحاكم، وإلا لم يرجع بما غرم[(٣)]. وأما مع الإعسار فإن أذن المعسر فلا إشكال، وإن لم يأذن[(٤)] فكالمتمرد[(٥)].

وأما مع التمرد فإن لم يكن في البلد[(٦)] حاكم لم يحتج إلى مؤاذنة الخارج عنه قولاً واحداً، وإن كان في البلد حاكم فقال ابن أبي الفوارس وأبو طالب في الرهن: إنه لا يحتاج إلى مؤاذنته[(٧)].

وقال المؤيد بالله، وخرجه الإمام يحيى للهادي عليه السلام: إنه يحتاج.

(ولكل) من الشركين[(٨)] **(أن يفعل في ملكه[(٩)] ما لا يضر بالآخر[(١٠)] من**

---

(١) يعني: أن المرتهن ينفق في الغيبة أو الحاجة.

(٢) بريداً.

(*) بل التي يجوز معها قوي اختلال العين. (شرح فتح).

(*) المراد وقت الحاجة.

(٣) لأنه متبرع. قلنا: ولايته أخص.

(٤) مع استئذانه فلم يأذن. (قرير).

(٥) لا يحتاج.

(٦) يعني: الناحية.

(٧) إلا في الإكراء والاستعمال. (قرير).

(*) يعني: في البناء.

(٨) في العلو والسفل، وفي التحقيق ليسا شريكين؛ لأن كل واحد منفرد بشيء. (حاشية سحولي لفظاً).

(٩) أو حقه.

(١٠) بملكه، لا ببدنه فلا عبرة به[١]. وهو خصوص في العلو والسفل، سواء كان عن أم لا. (بيان معنى).

---

[١] وظاهر الكتاب خلافه، وقرره الشامي، ومثله في الديباج بما معناه: ظاهره عدم الفرق بين أن يكون الضرر إفساد لبناء صاحبه أو الاطلاع على العورات أو رائحة كريهة أو غير ذلك مما فيه ضرر. (قرير).

=

تعلية وبيع وغيرهما) فإذا أراد صاحب العلو أن يبني على علوه بناء أو يضع خشباً أو يفتح كنيفاً(١) فله ذلك، وكذلك صاحب السفل له أن يدخل في حائط سفله جذوعاً أو وتداً أو يفتح إليه باباً، ولكل منهما(٢) أن يبيع مكانه(٣)، ما لم يدخل على الآخر من ذلك ضرر(٤).

(و)إذا اختل العلو أو السفل وكان يمكن صاحبه إصلاحه فتراخى حتى

(*) وذلك بأن يكثر حمل الأعلى حتى يخشى تأثيره في الأسفل، أو يضعف الأسفل بالطاقات فخشي انهدامه بقوة الأعلى. (زهور).

(*) ولو في المستقبل. (قرر).

(*) يعني: ضرر ملكه.

(*) كبيعه من حداد أو قصار أو نحوهما فليس له ذلك. (وابل)[١] (قرر).

(١) بيت الحش.

(٢) أما صاحب العلو فله بيع علوه قائماً، لا بعد انهدامه فلا يصح بيع هوائه؛ لأن الهواء حق لا يملك، وأما صاحب السفل فله بيع سفله قائماً، وأما بعد انهدامه فإن باع آلته فقط صح إذا هو موسر، ويجبر على إبدالها بمثلها، وإن كان معسراً فلصاحب العلو نقض بيعه، وإن باع آلته وعرصته صح بيعه، وأجبر المشتري على عمارته، فإذا كان جاهلاً لحق العلو عليه فذلك عيب يوجب له الخيار. وإذا تشاجرا في قدر ارتفاع السفل في الهواء فالبينة على من ادعى الزيادة فيه زائداً على المعتاد. (بيان معنى) (قرر).

(٣) وإذا بيع العلو من ذمي منع؛ لئلا يرتفع على المسلم. (بحر) فيمنع[٢] من البيع. (قرر). وكذا الإجارة. (قرر).

(٤) ولعل اعتبار الضرر فيما عدا البيع[٣]، وأما هو فيجوز وإن أثم مع القصد، كما نقول في أحد الشريكين.

(*) لأن لكل واحد حقاً في ملك صاحبه[٤]. (بيان).

---

[١] لفظ الوابل: فلا يجوز لأحدهما أن يؤجر ملكه من حداد أو عصار أو قصار والآخر يتضرر بذلك.

[٢] إذا جعله للسكنى، لا إذا جعله مستغلاً للمسلمين فالظاهر الجواز. (قرر).

[٣] وقيل: ولو بالبيع. وهو ظاهر الأزهار. (قرر).

[٤] هذا هو الفارق بين العلو والسفل والجار كما يأتي.

انهدم فأضر بالآخر فإنه **(يضمن**[١] **ما أمكنه دفعه**[٢] **من إضرار نصيبه)** بذلك البناء أو غيره.

(وإذا تداعيا السقف فبينهما[٣]**)** حيث لا بينة لأحدهما، هذا قول الشافعي، وحكاه الفقيه يحيى البحيبح عن المنصور بالله للمذهب.

وقال أبو حنيفة[٤]: يحكم به لصاحب السفل. وحكاه في شرح الإبانة للمذهب.

وقال مالك: يحكم به لصاحب العلو[٥]. واختاره المنصور بالله للمذهب،

(١) بعد العلم[١] والتمكن من إصلاحه بعمل معتاد، وبما لا يجحف من الأجرة. (قرير).

(*) والضمان يكون ما بين قيمته عامراً ومنهدماً، فإذا كان قيمته عامراً مائة ومنهدماً خمسين ضمن لشريكه خمسين. (من شرح السيد عبدالله الوزير) و(قرير).

(*) ويكون على العاقلة إذا جنى على نفوس، وغير النفوس عليه. (قرير). مع كمال الشروط.

(٢) ولو بالنقض. (قرير). أو البيع إلى غيره. (قرير).

(٣) بعد التحالف والنكول.

(*) فإن نفياه معاً نظر، قال سيدنا عماد الدين: يصير بينهما ملكاً ضرورياً، ويجبران على إصلاحه، ويضمنان جنايته. (شرح أثمار). وقيل: يكون لبيت المال. (مفتي، وشامي). ويكون إصلاحه وجنايته عليه. وقرره الهبل وعامر.

(*) لأن لهما جميعاً عليه يداً وتصرفاً وانتفاعاً، وأنه مجاور لملكيهما على سواء، وحاجز بينهما على سواء، فكان كجدار بين داريهما، فيقسم بينهما. (غيث).

(*) لاستواء أيديهما. (بحر). حيث حلفا أو نكلا.

(*) لأنه وطاء للأعلى وغطاء للأسفل. (قرير).

(*) وإن تنازعا العرصة فالظاهر أنها لصاحب السفل. (بيان).

(٤) والمنتخب. (بيان).

(٥) لأن يده أظهر؛ لكثرة انتفاعه به. (بحر).

---

[١] فإن لم يعلم أو لم يتمكن فلا شيء؛ إذ هو غير متعد في سبب الضرر. (بيان معنى) (قرير). ما لم يكن من أثر فعله فيضمن مطلقاً. (قرير). لأنه مباشر. (قرير).

والسيد[١] يحيى بن الحسين.

قال الفقيه علي: وهذه الأقوال الثلاثة إنما هي إذا التبس الحال فيه[٢]، فأما إذا كان العلو والسفل بينهما فاقتسما وسكتا عن السقف كان بينهما[٣] قولاً واحداً، وإن ذكراه بنفي[٤] أو إثبات كان على ما ذكرا.

(و) إذا تداعى الراكب والسائق **(الفرس[٥])** ولا بينة لهما كانت **(للراكب[٦])** لأن يده أقوى **(ثم لذي السرج)** إن كانا راكبين[٧] جميعاً وأحدهما على السرج والآخر ليس عليه[٨]. فإن تداعاها السائق والقائد قال عليه السلام: فالأقرب أن القائد أقوى يداً[٩].

---

(١) وحجة المنتخب وأبي حنيفة: أنه موضوع على ملكه، ولأن حق السفل أقدم، ولأنه إذا باع السفل دخل، ولو باع العلو دخل سقفه الأعلى لا الأسفل. واختاره الإمام يحيى. وحجة مالك: أن انتفاع صاحب العلو به أكثر، ولهذا لو رفع السقف الذي بينهما بطل انتفاع صاحب العلو بالكلية [ولم يبطل انتفاع صاحب السفل بالكلية] وكما أن القرار لصاحب السفل فالسقف لصاحب العلو. (بستان).

(٢) هل عن قسمة أو غيرها.

(٣) نصفين.

(٤) عن أحدهما، أو إثبات للآخر. (قرير).

(٥) ونحوها ولو مما لا يركب في العادة. [كالبقر].

(٦) فلو تنازعا في دابة عليها حمل لأحدهما، وللثاني فوق الحمل شيء آخر - فالظاهر أنها الحمل. (بيان).

(*) ولو امرأة أو صغيراً أو عبداً.

(٧) فلو كان في السرج اثنان، أو لم يكن عليها سرج - فهما سواء. (كواكب). إذا لم يكن مع أحدهما اللجام، وإلا فالقول له.اهـ لأن الحكمة معه أكثر من الآخر. (قرير).

(٨) بخلاف ما لو تنازعا عبداً وعليه قميص لأحدهما فإنه لا حظ في القميص في الترجيح، بخلاف السرج؛ لأن صاحب القميص لا ينتفع بلبس العبد، وإنما المنتفع هو العبد. (ترجمان، ومنتزع) (قرير).

(٩) لأنه يذهب بها حيث شاء.

(و) إذا تداعى **(الثوب)** رجلان أحدهما لابسه والآخر ممسك به(١)، ولا بينة لأحدهما - فإنه يكون **(للَّابس(٢))** دون الممسك.

(و) إذا كانت لرجلين أرضان إحداهما عليا والأخرى(٣) سفلى، وبينهما **(العرم(٤))** واختلفا لمن هو كان **(للأعلى(٥))**.

---

(١) ولو بأكثره أو بجانب منه. (بيان[١]).

(٢) ولو كان مما لا يليق به؛ لأن يد اللابس حسية، ويد الممسك حكمية.اهـ ما لم يكن الممسك متجرداً عن الثياب فالظاهر أنه له، فيكون القول قوله، ذكره المتوكل على الله عليه السلام.اهـ وقيل: لا فرق. (قرير).

(*) ولو كان الملبوس قليلاً من الثوب، والأكثر في يد الممسك؛ لأن يده أقوى. (كواكب، وبيان) (قرير).

(٣) فإن استويا فبينهما. وهذا جميعاً حيث لا بينة، وإلا فلمن بين أو حلف أو نكل صاحبه دونه.

(٤) أو الجدار بين الأرضين. (قرير).

(٥) فإن استويا فبينهما.

(*) هذا مع عدم البينة، فإن بين الأسفل حكم له، وإن بين الأعلى لم تسقط عنه اليمين، يعني: المؤكدة؛ لأن بينته على الظاهر، وأما الأصلية فقد سقطت[٢] بالبينة، وإن بينا معاً حكم به للخارج. (قرير). ومثل هذا التنازع في الثوب.

(*) «غالباً» احترازاً من بلاد الأهنوم -أي: شرقيها- فإن العرم للأسفل. (قرير).

(*) لأنه يحفظ ماءه وترابه. (حاشية سحولي).

(*) فإن استويا فبينهما كالسقف. وتثبت الشفعة بين صاحبي الأرضين العليا والسفلى بالجوار. (حاشية سحولي) (قرير).

---

[١] لفظ البيان: والثاني ممسك بجانب منه ولو بأكثره.

[٢] بل لا تسقط الأصلية؛ لأنها على الظاهر.

(فصل): في حكم الشركة في الحيطان

(و)إذا طلب أحد الشريكين في دار أو في أرض أن يجعلا بين ملكيهما[(١)] حائطاً فامتنع الآخر فإنه **(لا يجبر الممتنع عن إحداث حائط[(٢)] بين الملكين[(٣)])** وللطالب أن يعمره في ملكه[(٤)] **(أو)** طلب أحدهما قسمة الحائط المشترك بينهما فامتنع الآخر لم يجبر الممتنع **(عن قسمته[(٥)])** ولا يجوز ذلك إلا برضاه.

---

(١) أو وقفين، أو حقين، أو ملك وحق -كالمتحجر- أو ملك ووقف. (قرير).

(٢) والعرم، والفِرْجِيْن، والخندق، والسقف، ذكره في الفتح والأثمار. (قرير).

(*) أو دعامة أو درجة أو نحوهما. (قرير).

(٣) والوجه: أنه لم يتقدم للشريك حق، بخلاف ما إذا انهدم فقد تقدم الحق. (رياض). وكذا إذا طلب أحد الشريكين حفر البئر لزيادة مائها فإنه لا تلزم إجابته، إلا أن يعرف أنها إن لم تحفر قل ماؤها. (هاجري) (قرير). وكذا الجدار إذا طلب أحدهما النقض لعمارته خشية الانهدام أجيب، ولو طلب النقض لعمارته بالحجارة وكان بالطين لم يُجَب، وكذا ما أشبهه. (من تعليق الفقيه يوسف على الزيادات) (قرير).

(*) فإن تراضيا بذلك وشرعا فيه ثم امتنع الآخر عن الإتمام أجبر عليه إلى القدر المتعارف به، ذكره القاضي إبراهيم بن مسعود، وقواه المفتي.اهـ ولعل وجه اللزوم كونه يلحق بالقسمة، وهو لو شرط من أولها لزم، وكذا إذا لحق الشرط من بعد، والله أعلم.اهـ واختاره الشامي. وفي حاشية: والمقرر أنه لا يجبر؛ لأن له أن يرجع، كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

(٤) ولو ضر، ما لم يكن عن قسمة. (قرير).

(*) ما لم تكن الأرض تسقى موجاً فليس له ذلك. (قرير).

(٥) لأن لكل واحد حقاً في نصيب صاحبه، وهو التحميل عليه؛ إذ كل واحد يحمل في حقه وحق صاحبه، وبعد القسمة لا يحمل إلا في حقه فقط، لا في حق صاحبه؛ ولذلك امتنعت قسمة الجدار إلا برضاهم. (انتصار).

(*) قيل: المراد حيث انهدم فطلب أحدهما قسمته. (حاشية سحولي). وظاهر الكتاب لا فرق بين أن يكون منهدماً أم لا. (حاشية سحولي).

قوله: **(غالباً)** احتراز من أن يكون ملكهما وأحدهما يستحق عليه الحمل(١) دون الآخر، فطلب القسمة الذي يستحق الحمل(٢) عليه - فإنه يجبر الذي لا يستحق الحمل عليه(٣).

قال الفقيه يحيى البحيبح: وإنما يجاب إذا كان الجدار واسعاً بحيث يأتي نصيبه قدر جدار؛ إذ لو كان ضيقاً لم يُجَب إلى القسمة؛ لأنه طلب ما هو سفه. ولا يعتبر كونه يضمه إلى نصيبه من ملكه لينتفع بهما.

وقد يقال(٤): أما إذا كان له نصيب يضم إليه فينتفع بهما فلا سفه(٥)، بل يجاب(٦).

---

(١) وصورته: أن يكون الجدار ملكاً لواحد، وباع أو نذر من آخر نصفه واستثنى الحمل عليه.

(٢) نحو أن ينذر عليه بنصفه ويستثني التحميل.اهـ لأنه قد أسقط حقه من حمل جذوعه على ما يأتي. (شرح فتح)[١].

(٣) وقد يقال: إن كان للآخر فيه حق من سترة أو تحريز لم يجب الطالب وإن استحق التحميل عليه دون صاحبه؛ لأنه يبطل الحق الذي لشريكه، وإن لم يكن له فيه إلا مجرد الشركة فقط أجيب الطالب؛ لأنه أسقط حقه من التحميل. ولا يقسم إلا بعد نقضه، ويقسم قراره، ولا قائل إنه يقسم شقاً[٢]. وفي الصعيتري: يقسم شقاً [أي: عرضاً]. وقد أشار إليه في البحر، وقواه سيدنا عامر.

(٤) الفقيه يحيى البحيبح [يوسف (نخ)].

(٥) قوي هبل وحثيث وحاشية سحولي، وهو ظاهر الأزهار في قوله: «أو طلبها المنتفع» إلخ.

(*) لأنه لم يعم ضررها.

(٦) قال في البيان: والأقرب أنها لا تجب مطلقاً؛ لأن لكل واحد منهما حقاً في مشاركة صاحبه له في عمارة الجدار.اهـ والمختار أنه يقسم على ظاهر الأزهار. (مفتي). قلت: سيأتي أنه لا يجاب إن ضرّ به.

---

[١] لفظ الفتح وشرحه: إلا أن يطلبها من اختص من مالكيه بحمل جذوع عليه؛ لأنه قد أسقط حقه بها من حمل جذوعه على ما يأتي.

[٢] قبل خرابه.اهـ وأما بعد خرابه فتصح قسمته شقاً أو جانباً.اهـ وفي التذكرة: شقاً أو جانباً، [أي: طولاً] وظاهره ولو قبل خرابه.

(بل) لو كان بينهما جدار معمور ثم انهدم فإنه يجبر **(على إصلاحه**(١)**)** من امتنع(٢) من ذلك.

(و)إذا كان جدار بين اثنين موضوعاً لمنفعة معينة(٣) كان مقصوراً على تلك المنفعة، و**(لا)** يجوز أن **(يفعل أيهما**(٤) **فيه غير ما** ....

---

(١) إذا كان فيه نفع لهما أو لأحدهما. (قرر).

(*) وإذا كان لجماعة حصن أو نحوه[١] يحتاج إلى من يقف فيه لحفظه كانت أجرته عليهم على قدر أملاكهم فيه[٢]، ومن امتنع منهم أجبر على ذلك أو على حفظه في قدر حصته من الزمان. (شرح بهران). ومثله في البيان. و(قرر).

(*) بمثل آلته الأولى، على صفته الأولى، أو ما لا يتم الإصلاح[٣] إلا به، وهو الأولى. (شرح أثمار معنى) (قرر).

(٢) وإلا كان للثاني أن يعمره، ويرجع على شريكه بحصته فيما غرم، كما تقدم من التفصيل والخلاف في مسألة العلو والسفل. (بيان مع زيادة) (قرر).

(٣) **مسألة**: إذا كان بين اثنين أو جماعة جدار أو سقف أو درجة أو دعامة، فطلب بعضهم نقضه لإعادة خير منه أو أقوى منه لم يلزم الآخر إجابته إلى ذلك، إلا إذا خشي سقوطه وجب نقضه وإعادته بآلته الأولى وعلى صفته الأولى. (بيان). وليس ذلك على إطلاقه؛ لأن المعلوم أن الجدار إذا كان طيناً واختل أسفله لم يمكن إصلاحه بالطين، بل بأحجار، فيجب إصلاحه بها، وكذا قد لا يتم الإصلاح إلا بالقضاض ونحوه، فالأولى أنه يعتبر الإعادة والإصلاح بما يحصل به المقصود حسبما يعتاد في ذلك البلد. (قرر).

(٤) **مسألة**: وإذا حصل التواطؤ بين الشريكين في عمارة جدار بين بيتين، فلما تم السقف الأول منع أحدهما التعلية على الجدار الذي بينهما فله المنع، ما لم يكن التواطؤ أو العرف إلى الثالث منزل[٤] علا. (قرر). ولعل هذا مثل كلام القاضي إبراهيم بن مسعود المسعودي. (من خط سيدنا حسن رحمه الله).

---

[١] كالزرائع التي تحتاج إلى الحفظ من الطير والرباح - أي: القرود.

[٢] وإذا كان الحفظ لما فيه من الأموال كان على قدر ما فيه منها، أو على قدر الرؤوس إن كان لأجل سلامتها. (قرر).

[٣] في المعتاد في تلك الناحية. (قرر).

[٤] عبارة التاج: ما لم يكن التواطؤ أو العرف إلى السقف الثالث ثم تعليته إليه.

وضع له(١) **من سترة وتحريز وحمل**(٢)**)** فإذا كان الجدار الذي بينهما موضوعاً للستر أو للتحريز(٣) فليس لأحدهما أن يغرز فيه خشبة إلا بإذن صاحبه؛ لأنه لم يوضع لذلك. وأما إذا كان موضوعاً للحمل(٤) كان لكل واحد أن يحمل عليه على وجه لا يستبد به(٥).

(و)إذا وضع الجدار لمنفعة كانت بينهما و**(لا)** يجوز لأحدهما أن **(يستبد به**(٦)**)** في تلك المنفعة ....

(١) **مسألة**: وإذا اشترى اثنان أو جماعة شيئاً لينتفعوا به في منفعة مخصوصة تراضوا بها قبل شرائه، كثور للذبح أو للحرث أو للركوب أو نحو ذلك، ثم امتنع بعضهم من ذلك، وطلب أن ينتفع به في منفعة أخرى - فقال الفقيه حسن: ليس له ذلك، بل يجبر على ما تراضوا بشرائه له. وقال ابن الخليل وأبو مضر والأستاذ: بل له ذلك. (بيان). وكذا لو أراد بيعه إلى جهة نازحة تؤدي إلى ضرر الحيوان أو نقص الانتفاع به في الوجه الذي اشتركوا فيه - فإنه يمنع من ذلك[١].اهـ وكذا لو أراد بعضهم أن يشرك غيره معه ببيع أو غيره [في نصيبه] فلهم منعه ونقض بيعه [على الخلاف]. (مقصد حسن).

(٢) هذه منافع الجدار.

(٣) كالذي بين البساتين والمزارع. (بيان).

(٤) كالذي بين دارين أو حانوتين. (بيان).

(٥) هذا كلام الفقيه حسن، والأولى لا يجوز[٢]؛ لأن ذلك قسمة، وهي لا تجوز إلا بإذن الشركاء.اهـ وظاهر الأزهار أنه يجوز، وهو قول الفقيه يحيى البحيبح وأبي العباس والشافعي في أحد قوليه.

(٦) بالزائد على حصته. (قررو).

---

[١] وظاهر المذهب أن له البيع مطلقاً، ذكره السحولي. [ويضمن لصاحبه كل ما لحقه بسببه، وقد تقدم في البيع على قوله: «ولا يسلم» إلخ].

[٢] يعني: قدر حصته.

[*] لقوله ﷺ: ((لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة من نفسه)). وحجة الفقيه حسن قال: لئلا يبقى ملكاً لا ينتفع به. قلنا: الانتفاع يحصل مع الإذن أو القسمة. (بستان).

=

(إلا بإذن الآخر(١)**)** فمتى حصل الإذن جاز أن يفعل فيه غير ما وضع له(٢) وأن يستبد به.

قوله: «إلا بإذن الآخر» عائد إلى هذه وإلى الأولى.

(فإن فعل) أحدهما فيه غير ما وضع له، نحو أن يحمل عليه وهو موضوع للستر، أو استبد به دون الآخر **(أزال**(٣)**)** ذلك حتماً.

(*) ظاهر هذا أن له استعمال قدر حصته فيه من غير مؤاذنة شريكه. (حاشية سحولي لفظاً). قيل: يضع على نصف الجدار مما يليه ويترك لصاحبه النصف الآخر، أو يترك لصاحبه موضع جذع ويضع لنفسه جذعاً، أو تكون الأخشاب والقطع[١] لا بناء فوقها فتمكن فيه المهاياة بالنقل. (من هامش التذكرة).

(١) وإذنه إباحة، فإذا رجع صح رجوعه.اهـ ولفظ حاشية السحولي: ولهذا الإذن حكم العارية.اهـ في ثبوت الخيار في المطلقة والمؤقتة قبل انقضاء الوقت.

(*) **تنبيه**: أما لو شرطا في أول وضعه أن لكل واحد منهما أن يضع ما احتاج كان ذلك بمنزلة الإذن. (غيث بلفظه).

(*) لقوله ﷺ: ((لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة من نفسه)). (بحر).

(*) **مسألة**: ما كان مشتركاً بين جماعة وفيهم غائب، وأراد الحاضر ينتفع بقدر نصيبه منه، فحيث يمكن الانتفاع ببعضه وترك بعضه -نحو الدار والأرض- يجوز له الانتفاع بقدر نصيبه، ويترك قدر نصيب شريكه، ذكره المؤيد بالله. وقال أبو مضر وأبو جعفر: لا يجوز إلا أن يجري عرف به. وحيث لا يمكن الانتفاع ببعضه فما كان مقصوداً في نفسه كالحيوان والسلعة لا يجوز أن ينتفع بها في وقت ويتركها في وقت على وجه المهاياة إلا بإذن شريكه أو بحكم الحاكم[٢]، وما كان المقصود به غيره كالطريق المشترك[٣] والنهر المشترك فلكل واحد من الشركاء أن يستطرق الطريق متى شاء، وأن يجري الماء في النهر إلى ملكه متى شاء، سواء حضر شركاؤه أو غابوا، والوجه فيه عادة المسلمين بذلك. (بيان).

(٢) مع الإذن.

(٣) فإن لم يزله فله أن يزيله، ويرجع بأجرته [إن نواها. (قرير)] كما في الغصب.

---

[١] وهو الحطب في لغتنا.

[٢] إذا كان ثمة حاكم، وإلا جاز له الاستعمال وضمن أجرة حصة شريكه. (سماع).

[٣] أي: المجرى.

فلو كان الجدار ملكاً لهما ولأحدهما عليه جذوع دون الآخر، فادعى صاحب الجذوع أن له حق الحمل عليه دون صاحبه، وأن القول قوله في ذلك لمكان الجذوع - لم تثبت له يد بالجذوع **(و)**ذلك لأنه **(لا يثبت)** عندنا **(حق بيد**(١)**)**.

وقال المنصور بالله وأحد قولي المؤيد بالله: إن الحقوق تثبت باليد(٢)؛ فيكون

---

(١) والوجه فيه أنه وإن كان معه الظاهر[١] فقد بطل حقه، لكونه أقر لغيره بالملك وادعى فيه حقاً[٢]. (غيث، وكواكب).

(*) وعلى قول الهدوية لا يجوز للشهود أن يشهدوا بالحق إلا إذا عرفوا ثبوته بغير اليد: إما بإقرار أو نذر أو وصية أو استثناء. وعلى القول الثاني يجوز لهم أن يشهدوا به إذا عرفوا ثبوت يده عليه، كما في الملك. (بيان). قلت: أمَّا لكون القول قوله فيكفي أن يشهدوا بثبوت يده، وكل على أصله في اعتبارِ اليد مع حصول ما لا يفعل في ملك الغير إلا مع ثبوت الحق أو اعتبارِها مطلقاً. وأمَّا للشهادة بنفس الاستحقاق فلا بد من التصرف والنسبة وعدم المنازع، والاستمرار على مدة يغلب في الظن أن مثلها لا تمضي اليد مستمرة فيها إلا مع الاستحقاق، كما نقول في الملك سواء سواء. (مقصد حسن).

(*) في ملك الغير. (قرير). أو حق عام، كما في الدعاوى. (قرير).

(*) والحيلة في ذلك[٣]: أن يدعي الملك في قراره، فيجوز له ذلك لأجل حقه. ثم إذا أراد اليمين حلف له بالله ما يستحق منعه، بخلاف المشارب والمساقي فيصح التداعي فيها؛ إذ هي ملك، وتصح الشهادة على العادة بثبوت اليد.

(٢) وقواه في البحر، وهو الذي اختاره الفقيه حسن، وكان يفتي به، حتى قال: ولا يصلح الناس إلا هذا.اهـ وإمامنا شرف الدين قال: ينظر: فإن كان في المجرى مثلاً عناية وعلامة وفعل لا يفعل عادة إلا لحق، كالبناء والقضاض، وكذا السواقي التي قد تقادم عهدها حتى تأسس فيها الزيل - كان لليد حكم؛ لأن العادة جارية أن ذا الملك لا يترك ذلك في ملكه، وكذا المحال المكللة، وكان القوي ما ذكره المؤيد بالله. وإن كان مما يفعل في ملك الغير عادة من غير عناية فقول الهدوية. (شرح فتح).

---

[١] لفظ الغيث: وعليه سؤال من وجهين: الأول: لم أوجبتم عليه البينة ومعه الظاهر؟ الثاني: لم فرقتم بين الحقوق والأملاك؟ وجوابهما واحد، وهو أن الظاهر قد بطل بكونه أقر لغيره بالملك وادعى فيه حقّاً.

[٢] والأصل عدمه مع إقراره بالملك.

[٣] والمذهب خلافه. ينظر. (ع ع).

القول قوله.

(وإذا) اختلفا في الجدار الذي بينهما و**(تداعياه)** وكان لأحدهما بينة دون الآخر **(فلمن بين**[١]**)** منهما، أي: يحكم له به ولو كان للآخر عليه جذوع أو اتصل ببنائه.

(ثم) إذا لم يكن لأحدهما بينة، لكنه متصل ببناء أحدهما؛ بأن كانت العصرة إليه[٢]- حكم به **(لمن اتصل ببنائه**[٣]**)** دون الآخر؛ لأن الظاهر معه.

(ثم) إذا لم يكن لأحدهما بينة، ولا اتصل ببناء أحدهما دون الآخر، لكن لأحدهما عليه جذوع دون صاحبه- كان **(لذي الجذوع**[٤]**)** ....

---

(١) فإن بينا جميعاً فحيث لا يد لأحدهما أو اليد لهما سواء حكم به لهما جميعاً، وحيث اليد لأحدهما أو يده أقوى[١] فقال الفقيه علي: يحكم به للخارج. وقال الفقيه حسن: يحكم به لهما. وهو ظاهر اللمع. (زهور، وبيان).

(*) والبينة إما بإقرار صاحبه، أو بالاستثناء عندما باع، أو باستمراره من قبل إحياء هذا لحقه، لا بمجرد عمارته [عادته (نخ)] واستمراره فلا.

(*) **فرع**: وإذا تداعيا الجدار فبينا فبينهما مطلقاً. وقيل: لمن يده أضعف كالخارج. (كواكب من كتاب الدعاوى). ولفظ البيان هنا: فإن بينا معاً فحيث لا يد لأيهما أو اليد لهما سواء يحكم به لهما معاً. (*قرير*).

(*) ولا يمين عليه؛ لأنه خارج. (*قرير*).

(٢) والعبرة بأسفله.

(٣) بأن كانت العصرة إليه من أسفل، وإن كانت العصرة للآخر من أعلى حكم به للأسفل.اهـ وقيل: يحكم به لمن العصرة إليه، في الأسفل بالأسفل، وفي الأعلى بالأعلى[٢]. (*قرير*).

(٤) ولذي الجدار في العرصة[٣]. (*قرير*).

---

[١] بالتصرف فيه.

[٢] لفظ الحاشية في نسخة: والعبرة بالعصرة في أسفل البناء، فإن كانت للآخر من أعلاه حكم به للأسفل. وقيل: يحكم لمن العصرة إليه، فيكون الأسفل للأسفل والأعلى للأعلى.

[٣] لفظ مجموع العنسي: وكذا لو وقع التداعي في عرصة لأحدهما عليها بناء دون الآخر حكم بالعرصة لذي البناء عليها.

=

لأن الظاهر[١] معه.

(ثم) إذا لم تكن لأحدهما بينة، ولا اتصل ببنائه، ولا له عليه جذوع دون صاحبه، لكن توجيه البناء إلى أحدهما[٢] دون الآخر - حكم به **(لمن ليس إليه توجيه البناء[٣])** لأن الظاهر معه.

(ثم) إذا كان لا وجه للبناء كالزوابير ونحوها[٤] نظر مَن التزيين إليه والتجصيص دون صاحبه فيحكم به **(لذي التزيين والتجصيص أو)** لذي

(*) المركبة في الجدار؛ إذ هي دليل الملك. (شرح فتح).

(*) ولو جذعاً واحداً. (قرر).

(*) لأنه هنا يدعي الملك، بخلاف ما تقدم.

(١) فإن تصادقا على اشتراكهما في أسفل الجدار، وأعوادها تشهد بذلك، وادعى من له أخشاب في رأس الجدر أنه له وحده لهذه اليد؛ إذ هو كجانب جدار إليه خشبة لأحدهما فقط، وخشب الآخر في جميعه. فيه نظر. في الديباج: إذا كان الجدار فيه الخشب لكل واحد منهما، وفي ذا الجدار جدار. مثال ذلك: أن يكون السفل فيه خشبهما، وفوق الجدار خشب لأحدهما، والبناء متصل من أسفل إلى أعلى. قال القاضي عبدالله الدواري: وتقرر أن الجدار الأعلى الذي عليه الخشب لأحدهما يكون له فقط، وهو كالجدار المنفصل عن الجدار الأسفل، ويكون المشترك بينهما إلى حيث تغريز أخشابهما، وفوقه لما يعتاد لضبط العيدان ونحو ذلك. (مفتي). وفي البيان أنه لهما، وهو الأصح. (قرر). والذي قرر سيدنا محسن بن أحمد الشبيبي رحمه الله في مسألة جدار بين اثنين محملين عليه من أسفله، وأحدهما محمل عليه من أعلاه، فقال الأسفل: أنت متعد بعمارتك فارفع. وقال الأعلى: ما أعلم - فالأصل عدم التعدي؛ فالقول قول الأعلى.

(٢) وإلى الآخر التثنية حكم له. (بيان).

(٣) **مسألة**: من ليس إليه توجيه الزرب في جدرات البساتين والأعناب ونحوها فالقول قوله في أن الجدار له وإن كان مع خصمه قرينة الاتصال بالعصرة؛ لأن يد من إليه قفاء الزرب أقوى؛ للعادة، روي ذلك عن حي والدنا أحمد بن محمد حابس. (مقصد حسن). والأولى أن صاحب العصرة أقدم. (قرر).

(٤) كالآجر واللبن.

(القمط[١]**)** وهو العقد، فمن كان إليه القمط منهما **(في بيت الخص**[٢]**)** -وهو شجر- فهو بمنزلة من إليه التزيين، فإنه يحكم له به دون الآخر.

(ثم) إذا لم يكن لأحدهما بينة، ولا اتصل ببنائه، ولا له جذوع دون صاحبه، ولا للبناء وجه وقفاء، ولا إلى أحدهما تزيين دون الآخر -فإنه يقسم **(بينهما**[٣]**)** إذا تنازعا **(وإن زادت جذوع أحدهما**[٤]**)** فإنه لا حكم للكثرة[٥] في الاستبداد به.

---

(١) إذ هو أمارة في العرف كالاتصال. (بحر). وقد أجاز ﷺ قضاء حذيفة لمن عقود القمط إليه، كما يأتي في الدعاوى.

(*) بفتح القاف اسم لعقد الحبل، وبكسره اسم للحبل نفسه. (صعيتري)

(*) وحجتنا في ذلك: أن رجلين اختصما في حضرته ﷺ، فبعث النبي ﷺ حذيفة ينظر فيما بينهما، فقضى به إلى من إليه القمط، فأجازه، فإذا ثبت بالقمط ثبت بالجدار. وفي البحر: وهي في العرف أمارات كالاتصال، والله أعلم.

(٢) الخص بضم الخاء. (هروي). يعني: من كان إليه العقد الذي في طرف الخيط في بيت الشجر فهو دليل على أن الجدرات له؛ لأن عادتهم يعقدون إلى داخل العِشَّةِ. (سلوك).

(*) وجمعه: خصوص.

(٣) بعد التحالف أو النكول. (شرح فتح).

(*) وإن نفياه جميعاً فكالسقف، فيكون ملكاً لهما بالضرورة، فيجبران على إصلاحه، ويضمنان جنايته. (أثمار). وقيل: يكون لبيت المال. (مفتي، وعامر، وشامي).

(٤) إذ هي ككثرة الشهادة.

(٥) وهذا حيث ادعى الجدار جميعه، وأما إذا ادعى ما تحت جذوعه فالظاهر أنه يقبل قوله، والبينة على الآخر. (غيث)[١]. وظاهر الأزهار والبيان خلافه. وقرر كلام الغيث، كما لو تجاذب رجلان ثوباً، فأمسك هذا بعضه وهذا بعضه وادعى أحدهما كله، وادعى الآخر ما بقبضته - فإن القول قوله فيما تحت قبضته. (سيدنا حسن رحمه الله).

---

[١] لفظ الغيث: ويمكن أن يقال: المسألة مبنية على أن صاحب الجذوع الكثيرة ادعى أن الجدار جميعه له لكثرة جذوعه فلم تسمع دعواه؛ لأن لخصمه يداً لجذعه فلا تبطل بكثرة جذوع الآخر. أما لو ادعى صاحب الجذوع الكثيرة أنه يملك ما تحت جذوعه لظاهر اليد عليه لم يبعد أن تسمع دعواه، ويكون له بقدر تلك الجذوع لظاهر اليد.

(فصل): في حكم الشركة في السكك

(و)اعلم أنه **(لا)** يجوز أن(١) **(يضيق**(٢) **قرار**(٣) **السكك**(٤) **النافذة**(٥)**)**

---

(١) **مسألة**: ويأمر الإمام[١] من يطوف على الطريق يتفقدها، ويمنع ما يضر بالمار فيها. (بيان). وقد كان الهادي عليه السلام يفعله في صعدة، فيأمر طوافاً على الطرق، والأزقة، والشوارع، والأسواق، والمساجد، والمكايل، والموازين، يوم الخميس ويوم الجمعة. (تعليق الفقيه حسن).

(٢) لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((ملعون من آذى المسلمين في طرقهم)). (غيث). فلا يجوز في الطرق الدكاك وربط الكلاب فيها، وذبح القصابين لأجل التلوث بالدم والفرث، ولا الرمي بجلف الموز[٢] والدباء والرماد، ولا أن يمر بحزم الشوك إلا على وجه لا يضر. (غيث).

(٣) والشوارع: الطرق التي بين الدور.

(٤) ويكره الجلوس فيهن إلا بحقهن. (هداية). وحقهن: غض البصر، وكف الأذى، ورد السلام، والأمر بالمعروف، والنهي عن النكر، كذا جاء عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم. والدعاء بالمأثور عند القيام عنها. (حاشية هداية).

(*) وأما السكك النافذة التي في المدن فالأصل فيها عدم الملك وعدم التسبيل، ولا يثبت فيها شفعة إلا بالجوار، ولا يثبت لها حريم[٣]، وإلا أدى إلى أن لا يجتمع بيتان. (سماع). ومثله في المقصد الحسن. (قرير).

(٥) وكذا السكة التي في أقصاها مسجد.اهـ حيث أذنوا أهل الزقاق ببنائه، أو كان متقدماً على البيوت. (قرير).

(*) السكك ثلاث: نافذة مسبلة، والثانية: نافذة غير مسبلة، لكن تركوها بين أملاكهم من غير تسبيل. والثالثة: المنسدة، وهي التي لا تكون نافذة. (غيث).

(*) النافذة المملوكة ليس لأهلها منع من سواهم. (مفتي).

---

[١] أو واليه، أو من صلح.

[٢] والرش بالماء وغير ذلك من العفونات.

[٣] ينظر في قوله: «ولا يثبت لها حريم»، بل نقول: لكل أن يفعل المعتاد في المدينة وإن ضر، من إحداث ميزاب وغير ذلك، ومنع من يضيقها بغير المعتاد؛ لأن قوله: «لا يثبت لها حريم» يوهم أن له التضييق، وليس كذلك، وقد قرر ذلك البيان في كتاب الشركة وباب الإحياء، وعلق عليه كلام المقصد.

وهي المسبلة(١)، لا بدكة ولا بالوعة(٢) ولا مسيل ولا غير ذلك **(ولا هواؤها بشيء)** لا بروشن ولا ميزاب ولا جناح(٣) ولا ساباط ولا غير ذلك(٤) **(وإن اتسعت، إلا)** أن يكون تضييقها **(بما لا ضرر فيه(٥))** بمعنى: أنه لا يضيق على

---

(١) وما ظهر فيها الاستطراق وإن لم تكن مسبلة. (حثيث) و(قرير).

(*) أو غير مسبلة لكنها لغير منحصرين. (قرير).

(٢) وهي الحفرة تحت الأرض.

(٣) الروشن: ما يخرج من البناء على هواء الشارع على أبواب الدور أو على غير الأبواب، وهو صغير الحجم. والساباط: السقف الذي يكون على الشارع. والجناح: ما يُقدم في هواء الشارع من البناء ممتداً [كبير الحجم]. (شرح أثمار).

(٤) ولا وضع الحطب والزبل، ولا المرور بأحمال الشوك إذا كانت تساقط فيه، ولا اتخاذ السواحل إليه كما في الميزاب[١]، ولا ربط البهائم والكلاب فيه، ولا الذبح فيه وطرح الرماد والقمامة ونحو ذلك مما يضر المارة، ولا الخرق تحته كتحت المسجد. قال الفقيه يحيى البحيبح: وهذا في الشوارع التي تقدمت على الأملاك. (بيان). وإلا فسيأتي: «أو خاصة».

(٥) في الحال أو المآل. (قرير).

(*) فإن ضر رفع. (قرير).

(*) **فائدة**: يقال: قد نص أهل المذهب على أن السكك التي شرعت بين الأملاك لمصالح أهلها يجوز لكل واحد منهم أن يفعل فيها ما جرت به العادة: من الروشن، والجناح، والميزاب، والدكة، والمسيل، والبالوعة، قال في شرح الدواري على اللمع: ولو جرى العرف بينهم بغير ذلك لم يمنعوا منه. انتهى. وعلى هذا فإذا جرت العادة في جهة باتخاذ أبنية ساترة لطيفة على أبواب الدور لا تضيق الطريق ولا تضر بالمارة -كما كان في مدينة صعدة- فلا وجه للمنع منها، وهذا حيث تيقن أنها محدثة وأن قرارها من الشارع، فأما ما كان منها متقادم البناء لا يتيقن كون قراره من الشارع، بل يحتمل أنه من عرصة الدار أو من فنائها، ويد صاحبه ثابتة عليه المدة الطويلة- فلا وجه للمنع من بقائه أصلاً. (شرح أثمار بلفظه).

---

[١] يعني: بغير المعتاد كالمطر ونحوه.

المارة المعتادة في الكثرة والرواحل، وكان ذلك **(لمصلحة عامة(١))** كمسجد أو سقاية، وكان وضعه **(بإذن الإمام(٢))** فإن هذا يجوز في السكك النافذة بهذه الشروط الثلاثة.

وفي الكافي وشرح الإبانة عن الشافعي: يجوز حفر البالوعة في الطريق.

وعن أبي حنيفة: يجوز أن يفعل في الطريق ما لا يضر حتى يخاصمه مخاصم(٣)، فيلزم إزالته حينئذٍ.

وقال المؤيد بالله والشافعي: يجوز الساباط(٤) والروشن على وجه لا يستضر به المجتازون(٥).

---

(١) وهذه المسألة من نقل المصالح.

(*) وكذا القاضي والمفتي والمدرس لأن ما نَفَعَه فكأنه نفع المسلمين[١]؛ لما يتعلق به من مصالحهم[٢]، وهذا مع بقاء الاستطراق للطريق، فيجوز بالشروط الثلاثة المذكورة، وأما حيث انقطع عنه المرور من الناس فإنه يجوز لآحاد الناس، ولا يشترط فيه المصلحة العامة، وأما إذن الإمام فقال في البيان: لا يعتبر إذنه، ولعله على قول أبي طالب، كما ذكره في بطن الوادي، وأما على قول المؤيد بالله فلا بد من إذنه[٣]، وهذه المسألة ذكرها السيدان، وهي تدل على جواز نقل المصالح بعضها إلى بعض. (كواكب).

(٢) أو حاكم الصلاحية. (قرير).

(*) فقط. (بحر). أو الحاكم من جهته أو جهة الصلاحية. (قرير).

(٣) ولو من باب الحسبة.اهـ إذ لا ضرر قبل الخصمة.

(٤) وهي الريشة.

(٥) لأن حقه[٤] في القرار. قلنا: تضييق الهواء كالقرار.

---

[١] لفظ الكواكب: قوله: «كل من فيه مصلحة عامة لخاصته» وذلك لأن ما نفعه فكأنه ...إلخ.

[٢] ويورث عنه، لأن العبرة بالمصلحة وقت الإذن، ولا عبرة بها بعده، وإن لم يكن في الوارث مصلحة. (بيان) (قرير).

[٣] وعدم المضرة كما تقدم في الإحياء، ولو لخاصة. (قرير).

[٤] عبارة البحر: المؤيد بالله والشافعي: إنما حق المار في القرار لا الهواء؛ فيجوز الروشن والساباط حيث لا ضرر. قلنا: بل الهواء حق لما سيأتي.

(أو) يكون تضييق قرارها لمصلحة **(خاصة)** فإن ذلك يجوز بشرط أن لا تكون الطريق مسبلة، بل **(فيما شرعوه[١])** وتركوه بين أملاكهم للمرور ونحوه.

قال الفقيه يحيى البحيبح: إن ما شرعوه لمصلحتهم فتجوز فيه الخاصة بهم أيضاً **(كالميزاب[٢]، والساباط[٣]، والروشن، والدكة[٤]، والمسيل والبالوعة)** فصارت هذه السكة المشروعة على هذه الصفة تصح فيها المصلحة العامة[٥] بشرط عدم الضرر[٦] وإذن الإمام[٧].

---

(١) وهذه الطريق التي بهذه الصفة هي صفة أكثر الطرقات التي في الشوارع المرورة في المدن وغيرها؛ لأن ذلك هو الظاهر من حالها. (مقصد حسن بلفظه) و(قرر). فإن ظهر أنها طريق للمسلمين من قبل البناء فأهل الشارع من جملتهم، وتلحق بالمسبلة في عدم الشفعة، وفي أنهم لا يجوز لهم إحداث شيء فيها إلا بإذن الإمام مع المصلحة العامة وعدم الضرر. (مقصد حسن بلفظه) (قرر).

(*) وسواء كانوا منحصرين أم لا.اهـ وقال الفقيه يحيى البحيبح: إذا انحصروا، وأما إذا لم ينحصروا فلا.

(*) وهي التي لم تكن ثابتة قبل العمارة. (قرر).

(٢) وقد اختلف في تقدير الميزاب في الطول، والروشن، وذكر الغزالي أن الروشن يجوز تطويله وإن أخذ أكثر السكة، وأما الميزاب فلا يجوز تطويله إلا إلى نصف السكة، ولا يزيد على ذلك، ووجه الفرق أن المقابل يحتاج إلى الميزاب، فكان حقه فيه كحق مقابله، بخلاف الروشن فإنه قد لا يحتاج المقابل. وضعف هذا الفرق بأن قيل: إنهما سواء، وما جاز في الروشن جاز في الميزاب؛ لأن العلة في جواز تطويل الروشن كون الهواء مباحاً، وكذا الميزاب، فالأقرب أنه يجوز تطويله إلى حد لا يجوِّز ضرر بالمقابل.

(٣) وهي الريشة، ذكره في الصحاح، وقال: الساباط: سقيفة بين حائطين تحتها طريق. (زهور).

(٤) وهي العضائد.

(٥) لا تجوز المصلحة العامة إلا بإذن الشركاء جميعهم، فحينئذٍ لا معنى لشرط عدم المضرة، والله أعلم.

(٦) بل وإن ضر على المختار إذا كان المعتاد.

(٧) لا يشترط إذن الإمام إلا فيما كان عاماً، كما في الإحياء. ومثله عن عامر. (قرر).

=

وأما المصلحة الخاصة فإن كانت من هذه الأمور التي تعلق بمصلحة بيوت أهل السكة من مسيل ونحوه[١] جازت[٢]، وإلا فلا، نحو أن يريد أحدهم أن يتخذ منزلاً في جانبها أو يحييه بأي وجوه الإحياء فإنه يمنع؛ لأنهم لم يشرعوها لمثل تلك المصلحة.

(ولا) يجوز في السكك **(المنسدة)** مصلحة عامة ولا خاصة **(إلا بإذن الشركاء[٣])**.

(ويجوز) في السكك النافذة المسبلة والنافذة غير المسبلة[٤] والمنسدة أن يفتح **(الطاقات[٥])** إليها **(والأبواب والتحويل)** من أي موضع شاء إلى أي موضع شاء **(إلا إلى داخل[٦])** السكة ....

(*) لا فائدة لإذن الإمام في هذه إلا أن لا ينحصروا. (عامر).

(١) وقد قام مقام الإذن وزيادة كونهم شرعوه لمصالحهم، فكان ذلك إذناً موجباً لتلك الأشياء، ولم يصح فيه الرجوع لأنه أشبه التسبيل، بخلاف الإذن في المنسدة. (شرح أثمار) (قرز).

(٢) وإن لم يأذنوا. (عامر) (قرز).

(*) لعله مع عدم الضرر. (بيان، ونجري). قال المفتي: المعتاد وإن ضر، كما هو ظاهر الأزهار.

(٣) المكلفين. (قرز).

(*) ولهم الرجوع ولو بعد الفعل. (شرح أثمار). وقيل: قبل الفعل لا بعده. (شامي).

(*) إلا بإذن المقابل والداخل فيجوز ذلك؛ إذ الحق له، وبالإذن أسقط حقه، وأما الخارج فقد انقطع حقه. (شرح فتح) (قرز). إلا أن يضر به، كمجرى ماء يسيل إلى طريقه. (شرح أثمار) (قرز).

(٤) يعني: المملوكة.

(٥) ما يفتح للاستراحة. والكوة: ما يفتح للضوء.

(٦) **مسألة**: إذا أراد الإنسان فتح طاقة أو كوة في بيته إلى فوق بيت الغير أو حويه أو نحوهما فإنه لا يمنع؛ لأن له أن يفعل ما شاء وإن ضر الجار، ولكن لا يطل برأسه لئلا يستعمل هواء الغير، بخلاف السكة غير النافذة فإنه يمنع من الفتح إليها، والفرق أن في حق الجار للمالك أن يفعل ما يمنع الإطلال من الجار، بخلاف السكة المنسدة فالحق فيها مشترك لا يمكن أن يفعل ما يمنع إطلال الغير. (قرز). وقرره سيدنا حسين المجاهد.

(المنسدة[١]**)** فليس له أن يفتح إليه[٢] كوة[٣] ولا يحول إليه بابه[٤] **(بغير إذن أهله)** أي: أهل الداخلة[٥].

(وفي جعل بيت) له **(فيها مسجداً أو نحوه)** فلو أراد أحد أرباب السكة المنسدة أن يجعل بيته فيها مسجداً أو طريقاً مسبلاً نافذاً أو حماماً[٦] ففي صحة ذلك **(نظر**[٧]**)** لأن من حق المسجد أن يفتح بابه إلى ما الناس فيه على سواء، والمنسدة ليس الناس فيها على سواء، فإن أراد أن يسبل نصيبه فيها لأجل المسجد فيحتمل أن لهم أن يمنعوه؛ لما فيه من إدخال الضرر عليهم[٨]، ويحتمل أن لا يمنعوه؛ لأن له أن يفعل في ملكه ما شاء.

---

(١) في غير الدرب الدوار فحكمه حكم النافذة. وقيل: حكم المنسدة.

(*) وأجازه في الحفيظ ما لم يكن للإطلال.

(٢) للإطلال، وأما لغيره فيجوز.

(٣) بالضم والفتح.

(٤) ولا طاقات للاستراحة، ذكره في الانتصار. قيل: لأنه يكون الباب والطاقات يداً على قول بعض العلماء. وأجاز في الحفيظ والتذكرة ومهذب الشافعي فتح الطاقات إلى داخل المنسدة بغير إذن أهله، واختاره صاحب البيان حيث قال: يجوز على الأصح.

(٥) وهل الاستطراق في جميع المنسدة لجميع الشركاء، أو شركة كل واحد تختص بما بين رأس السكة وبين داره؟ وجهان: أصحهما الاختصاص؛ لأن ذلك محل تردد، وما عداه فهو فيه كغير أهل السكة. (زهور). وفي التذكرة والكواكب بإذن من قابله وإذن من بعده إلى داخلها، وهو مثل ما في الزهور. (قرير).

(*) ومن قابله. (قرير).

(*) الداخل (نخ).

(٦) مسبلاً.

(٧) أما إذا أذنوا فلا تردد، وليس لهم أن يرجعوا[١] بعد الفعل. (قرير).

(٨) وهو إبطال الشفعة.

---

[١] إذ قد صار فيه حق للناس عموماً.

قال عليه السلام: ويلحق بقولنا: «أو نحوه» مسائل، إحداها: لو أراد أن يفتح من داره التي في السكة طريقاً إلى دار أخرى في ظهرها مملوكة لغيره[١]، أو إلى شارع منسد[٢] يتطرق أهله من الدار التي في الزقاق إليه، هل له ذلك أم لهم أن يمنعوه؛ لأن فيه إثبات حق لغير تلك الدار؟ فيه النظر المتقدم[٣].

وثانيها: لو أجر منازل[٤] داره[٥] التي في السكة من جماعة[٦]، وأراد كل واحد منهم أن يتخذ طريقاً إلى منزله، هل لأهل السكة أن يمنعوهم؟ فيه النظر[٧] المتقدم.

وثالثها: لو أراد إسالة ماء غير معتاد إلى داره ثم يسيله إلى دار[٨] يستحق فيها

---

(١) أو لـه.

(٢) أو نافـذ. (قرير).

(٣) المذهب المنع. (بحر معنى).

(٤) قال في الرياض: والمراد إذا أجر منازل الدار الأخرى التي ليس بابها إلى الزقاق، وأرادوا الدخول من الزقاق إلى دار المؤجر التي في الزقاق ثم إلى الدار المستأجرة بإذن المؤجر. (بلفظها). ومعناه في الكواكب.

(٥) هذه الصورة غير مستقيمة؛ لأنها إن كانت كما مثل في الرياض فهي الصورة التي قبلها، وإن كان الفتح في المنسدة إلى داخلها فهي الصورة الأولى، وإن كان الفتح إلى خارج فليس لهم المنع، بل لهم الفتح كما للمالك. (قرير).

(*) وأما إذا جعل بيته عرصة في السكة فقال في التذكرة: له ذلك. قال الفقيه يوسف: ويحتمل المنع؛ لتضرر أهل الشارع بدخول السارق، إلا أن يبقى جدار يمنع السارق فلا يمنع. (كواكب). ولفظ حاشية: وإذا انهدم بعض الدور الذي هو يضر بالآخر فإنه يجبر على الإصلاح القدر الذي يتحصن به الآخرون، فإن امتنع أجبره الحاكم، أو عمروه ورجعوا بالغرامات. (قرير).

(٦) يقال: إذا أراد الفتح إلى داخل السكة فلهم المنع، وأما إلى خارجها فذلك جائز من غير منع.

(٧) يمنعون. (قرير).

(٨) **مسألة**: إذا كانت عرصة لرجل وماؤها يجري إلى عرصة أخرى، فبنى صاحب العرصة الذي له جري الماء في عرصته بناء وأعلا سقوفاً، وطلب أن يجري ماء السقف الأعلى الذي =

الإسالة هل له ذلك أم يمنع منه؟ فيه النظر المتقدم[١].

فوق عرصته إلى العرصة التي كانت تسيل إليها، ويجعل ميزاباً - لم يكن له ذلك، ولا له أن يجعل ساحلاً إلا أن يغره -أي: يغوره- في جداره ويختم عليه إلى أسفل الجدار، ذكره سيدنا يوسف بن علي الحماطي. (قرير). وأما العكس -وهو أن يستحق إسالة ماء بيته إلى حوي غيره، فخرب بيته -فله إسالة ماء العرصة إلى تلك الحوي. (سماع سيدنا حسن بن أحمد رحمه الله) (قرير).

(١) والمختار لهم المنع في الثلاث الصور. (قرير).

(*) المراد حيث لم يزد الضرر المعتاد، فإن زاد فليس فيه النظر، بل يمنع. (صعيتري معنى).

(فصل): في حكم الطريق إذا التبس قدرها وما يتعلق بذلك[١]

(و)اعلم أنه **(إذا التبس[٢] عرض[٣] الطريق بين الأملاك[٤])** وتشاجر الجيران في عرض الشوارع والأزقة[٥] فأحسن التقدير في عرض الشوارع أن نقول: إذا تشاجر الجيران **(بقّي لما تجتازه العماريات[٦])** ....

---

(١) قوله: «وتهدم الصوامع المحدثة المعورة».

(٢) ولم تكن الخلطة بخالط متعدٍّ. (*قرير*).

(٣) وكذا مثل العرض الارتفاع والانخفاض في الهواء لو كان عليها ساباط. (هامش بيان)(*قرير*).

(*) قال الهادي عليه السلام في الأحكام ما لفظه: قال يحيى بن الحسين صلوات الله عليه: إذا تشاجر أهل الطرق والشوارع التي لها منافذ ومسالك في عرض الطريق فإنه يجعل عرضها سبعة أذرع، وعرض الأزقة التي لا منفذ لها على عرض أوسع باب فيها، وبذلك حكم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في الطرقِ ذوات المنافذ والطرقِ التي لا منافذ لها، فأما الطرق الكبار التي تجتازها المحامل والأثقال فأرى أن أقل ما يجعل عرضها رمحاً، وهو اثنا عشر ذراعاً، ولم يأت عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في شوارع المحامل لا تفسير ولا تقدير؛ لأنها لم تكن على عهده صلى الله عليه وآله وسلم، وإنما قلنا نحن بهذا التقدير فيها بالاجتهاد منا لرأينا، واتبعنا في ذلك قوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((لا ضرر ولا ضرار في الإسلام))، فجعلنا ذلك مقداراً حسناً، كما لم نجعل سعة الشارع إذا تشاكس فيه أهله أوسع من الاثني عشر فيضيق على أهل المنازل المتشاكسين، ولم نجعلها أقل من ذلك فتضيق على أبناء السبيل المجتازين، ولا غيرهم من المتسوقين. (بلفظه مع حذف شيء يسير من بعض ألفاظه).

(٤) وكذا الحقوق، وكذا المباح إذا أرادوا إحياءه. (فتح) و(*قرير*).

(٥) الشوارع: ما كانت نافذة. والأزقة: المنسدة.

(٦) العماريات التي تحمل المحفة[١]، وهي ما يحمل على جملين معترضين، والمحامل على جملين رأس الآخر عند مؤخر الأول. وقيل: مثل الشقادف على جمل واحد؛ لاتفاق سارح ورائح. (زهور).

(*) العماريات: بفتح العين وتشديد الميم وفتحها، وهي مركب صغير على هيئة مهد الصبي أو قريب من صورته، ولعلها مأخوذة من العمارة بفتح العين وتخفيف الميم، وهي كل شيء جعلته على رأسك من عمامة أو قلنسوة أو تاج أو غير ذلك، ذكره الأزهري والجوهري عن أبي عبيدة، ولكن الجوهري ذكر عمارة بالهاء، والأزهري بلا هاء. (من تهذيب الأسماء واللغات).

---

[١] بالكسر والحاء المهملة: مركب للنساء كالهودج إلا أنها لا تقبب.

والمحامل[١] **(اثنا عشر ذراعاً**[٢]**، ولدونه**[٣] **سبعة**[٤]**)** أذرع.

قال عليه السلام: وكان القياس إذا التبس الطريق بالملك أن تصير لبيت المال، لكن جعل ما يجتاز فيه قرينة لقدره، فلم يكمل اللبس[٥].

(و)إذا كان التشاجر في عرض الطريق **(في)** الأزقة **(المنسدة)** التي لا منفذ لها بقي لها **(مثل أعرض**[٦] **باب فيها**[٧]**)**.

---

(١) شبكة التبن وعلى جملين.

(٢) والفناء من جملتها. (دواري) (قرز).

(*) قال محمد بن أسعد: إن الذراع ذراع اليد، وعندنا العمري المعروف الآن في صنعاء ونواحيها. اهـ وهو الحديد المسمى بالهاشمي.

(٣) وكذا إذا التبس عرض الطريق بملك ترك للطريق سبعة أذرع. (شرح ذويد).

(*) قال الفقيه محمد بن يحيى: هذا استحسان من الهادي عليه السلام؛ لا أنه ورد به أثر. (زهور). الاستحسان منه عليه السلام إنما هو في الاثني عشر، وأما السبعة فقد صرح به في الأحكام أنه قضى به النبي صلى الله عليه وآله وسلم، وذكره البخاري من حديث أبي هريرة.

(٤) هذا في بلاد المحامل والعماريات، وأما في غيرها فتعتبر فيه الحاجة. (تعليق الفقيه علي) (قرز).

(٥) قلنا: هذا إذا التبس قدر الطريق، وأما إذا التبست الطريق بعينها بجملة الأملاك صار الجميع لبيت المال، فيترك قدر ما[١] يحتاج إليه والباقي لبيت المال. (شرح بحر لابن لقمان) (قرز).

(٦) هذا إذا لم يكن له باب، فإن كان له باب فمثله.

(*) والوجه في هذا أن لصاحب الباب الواسع أن يدخل ما يسعه بابه، فجعل الطريق هذا القدر ليسع ما يسع الباب من حمل حطب وغيره. (بستان).

(٧) ولا عبرة بأبواب البيوت التي فيها مع معرفة بابها، وحيث جهل يرجع إلى أبواب البيوت التي فيها. (شرح أثمار معنى). وقيل: مع اللبس يترك ثلاثة أذرع ونصف. (حاشية سحولي). وقيل: يرجع إلى رأي الحاكم. (مفتي). والحاكم يرجع إلى عرف الجهة. (مفتي). وذلك حيث انهدمت البيوت وأرادوا إحياءها، ولم يعرف باب الزقاق ولا باب البيوت كيف كانت قبل الهدم.

---

[١] لأنها من المصالح. (قرز). لكن إلى ولي بيت المال تعيينها. (قرز).

=

(ولا يغير ما علم قدره) من الطريق المسبلة **(وإن اتسع**(١)**)** وزاد على الكفاية إلا بالشروط الثلاثة(٢) التي تقدمت.

(وتهدم الصوامع(٣) **المحدثة**(٤)**)** بعد البيوت(٥) **(المعورة)** عليها(٦).

وقال الفقيه يوسف: لا فرق بين تقدمها وتأخرها؛ لأن البيوت إذا عمرت بطلت مصلحتها.

قال عليه السلام: وهذا ضعيف؛ لأن في ذلك إبطالاً لمصلحة، فالعامر حينئذٍ جان(٧).

(*) هذا إذا قد أحيوا أحد الصفين للسكة؛ إذ لو كان قبل الإحياء فيها وطلب أحدهم أن يجعل باباً عريضاً لزمهم أن يتركوا السكة على قدره. (لمعة) (قرر).

(١) أو ضاق.

(٢) هذا في المسبلة والمشروعة، لا المنسدة إلا برضاهم. (قرر).

(٣) يعني: عمرت في ملك ثم سبلت من بعد، وأما إذا سبلت العرصة أولاً وأراد يعمرها صومعة منع من العمارة ابتداء.

(*) ولو عمرت والبيوت منهدمة، فإن عمرا معاً أو التبس فلا هدم. (حاشية سحولي لفظاً) (قرر).

(٤) المسبلة.

(*) ولو في ملكه [وسبلت. (قرر)] ولا يقال: إن لكلٍّ أن يفعل في ملكه ما شاء؛ لأنها مصلحة عارضتها مفسدة تمنع التسبيل. (وابل معنى).

(*) ونحوها من القصاب المسبلة المعورة إذا وقفت[1] بعد بنائها فإنها تهدم، لأن المصلحة إذا عارضتها مفسدة مساوية أو راجحة بطلت.

(*) قال في الأثمار: «غالباً» احتراز من أن تكون المصلحة أرجح من المفسدة، كما إذا كان بلد كبير بحيث لا يسمع كل من فيها الأذان الذي هو من شعار الإسلام إلا من صومعة، فإنه يجوز إحداثها، وإن سبلت بعد الإحداث لها جاز تبقيتها وإن أعورت. (وابل). وظاهر الأزهار خلافه. (قرر).

(*) وقيل: هذا إذا كانت الصومعة مسبلة، لا إذا كانت مملوكة فلا تهدم ولو وقفها ذمي.

(٥) فإن تقارنا أو التبس فلا تهدم. (حاشية سحولي معنى) (قرر).

(٦) ولو على بيت ذمي فتهدم؛ لأن له حقاً. (قرر).

(٧) لعله عامر البيوت بعد الصوامع، ذكره صاحب شرح الإبانة. (لمعة).

---

[1] وقيل: لا تصح؛ لمنافاة القربة. (شامي).

وقال الفقيه حسن: لا تهدم، بل تسد كواها(١).

(لا تعلية الملك(٢)) فإنه إذا علّى رجل في ملكه لم تهدم التعلية **(وإن أعورت)** على جاره **(فلكل أن يفعل في ملكه ما شاء وإن ضر الجار(٣))** هذا

---

(١) بالمد. (قاموس[١]).

(٢) ما لم يكن لذمي. (قرز). فليس له أن يعلي. (بيان) (قرز).

(٣) يعني: الملك أو المالك، ذكره القاضي عبد الله الدواري. وبخط الحماطي: المالك لا الملك. قال المفتي عليه السلام: وهو كلام جيد.

(*) قوي ما لم يقصد المضارة لجاره، ذكره الفقيه حسن. (بيان). والمذهب خلافه. (قرز). والمنع لأهل الولايات.

(*) في غير العلو والسفل. (قرز). كما تقدم مطلقاً.اهـ والمدفر والموقر. (شرح فتح). ومسائل النظر والعين المشتركة. (سماع المتوكل على الله إسماعيل) (قرز).

(*) بماء أو دخان أو دق أو طحن أو غيره. (بيان).

(*) يقال: «غالبا» احتراز مما تقدم في العلو والسفل وما مر في مسائل النظر[٢]. (حاشية سحولي). وفي شرح الفتح: غير ما تقدم من المدغر والموقر ونحوهما، فإنه ليس لذي المدغر أن يعقم ولو ملك على وجه يضر ذا الموقر، والعكس فإنه ليس لذي الموقر أن يزيل عرمه أو يخفض نصيبه. وكذلك ليس له أن يحدث في ملكه صومعة معورة مسبلة ولا غيرها كما تقدم، وإلا ما سيأتي من أنه ليس للذمي رفع داره على دور المسلمين. (قرز).

(*) وقد ذكر ابن الجلال والدواري: أن الضرر أنواع، منه ما يكون في الجسم، ومنه ما يكون في المال، ومنه ما يكون في القلب، فإن كان في الجسم والمال فيقرب أنه لا يجوز، ويمنع من ذلك اتفاقاً، وذلك كأن يعلق الإنسان حديداً أو حجاراً في داره بحيث يخشى وقوعها على نفس جاره أو أولاده في داره، أو على حيطانه، أو نحو ذلك، أو يجعل حول حائطه ماءً أو سرجيناً أو نحوه يفضي إلى تآكل الجدرات وتساقطها، أو يفتح كوة ويخشى من فتحها دخول الدخان منها إلى دار جاره فيسود جدرانها. وإن كان في القلب بحيث يؤدي إلى شغل القلب وتألم الباطن من غير ما ذكرنا، كلو رفع بناء داره فيطلع منه على دار جاره، أو يمنع وقوع الشمس في بيته وسطوحه وعلى أشجاره ونحو ذلك فهذا ينبغي أن يكون محل الخلاف. (تكميل). والمذهب الجواز. (قرز).

---

[١] قال في القاموس: ج: كِوىً وكِـُواء.

[٢] التي تقدمت في قوله: «أو في جعل بيت فيها مسجداً أو نحوه نظر».

قول الهادي عليه السلام، ورواه ابن أبي الفوارس عن المؤيد بالله والشافعي.

وحكى عن القاسم أنه لا يجوز أن يفعل في ملكه ما يضر جاره إن تأخر ما يضر، وإن تقدم ما يضر على عمارة الجار جاز ذلك.

وعن مالك: لا يجوز أن يفعل ما يضر جاره(١) إلا التعلية.

(إلا) أن تكون المجاورة **(عن قسمة(٢))** فليس لأحد الجارين أن يضر بالآخر(٣).

---

(١) لا ملكاً ولا بدناً.

(٢) قال القاضي عبد الله الدواري في شرح اللمع: والمراد حيث كان الضرر يرجع إلى ذات المقسوم، لا إلى ضرر قلب الجار وأذيته فلا يمنع منه. (منه بالمعنى). ومثله عن حثيث والمفتي والذماري. وقيل: الملك والمالك، فإذا ضرت لم يعم نفعها.اهـ قوله: «لم يعم نفعها» فتبطل المصلحة بمعارضة المفسدة. وعند الشافعي وأبي حنيفة: لا تهدم؛ لأن في الحرم أربعة قررها العلماء. قلنا: لا نسلم الرضا، سلمنا فلعدم إعوارها. قالوا: أماكن يذكر فيها اسم الله ورسوله فتندب كالمساجد. قلنا: المقصود حاصل من دونها، ولم يأمر بها النبي صلى الله عليه وآله وسلم، وما أمر إلا بعمارة المساجد فافترقا.اهـ الفرق بين تسميتها صوامع ومنارات هو ما لفظه: المنارات البنية على أسفل الصوامع تكون أعظم منها في الارتفاع تكون في الجوامع العظيمة، والمنارات في سائر المساجد. (منقول من بعض حواشي البحر).

(*) وإن تنوسخ[١] مهما عرف أن أصله القسمة. (كواكب). فإن التبس فالأصل عدمها.اهـ وإن انتقل الملك ببيع أو نحوه؛ لأن الملك ينتقل بحقوقه، رواه الفقيه حسن في حاشية الزهور.

(*) إلا ما شرط عند القسمة، أو كان معتاداً قبلها. (قرر). فيجوز فعله وإن ضر.

(*) وإذا اختلفا هل هو عن قسمة أم لا فالقول قول منكر القسمة. (شرح فتح) (قرر).

(٣) سواء كان الضرر في الملك أو في المالك. (حاشية سحولي لفظاً) (قرر).

---

[١] وعن الإمام عز الدين بن الحسن عليه السلام: بين المتقاسمين فقط. ومثله عن ابن بهران؛ إذ القسمة شرعت لدفع الضرر بينهما وقد زال.

(فصل): في أحكام الشركة في الشرب

(وإذا اشترك في أصل النهر) بأن حفروا معاً[(١)] **(أو)** كانوا مشتركين في **(مجاري الماء)** بأن كانت السواقي التي يجري فيها الماء مملوكة لهم مشتركة، أو كانوا أحيوا[(٢)] عليه معاً، سواء كان من سيل أو غيل **(قسم على)** قدر **(الحصص[(٣)] إن تميزت[(٤)])** حصة كل واحد في النهر[(٥)] أو في المجرى المملوك. **(وإلا)** تميز، بل التبست[(٦)]

(١) بأن حفر كل واحد من جانب فخرج الماء -يعني: في ضربتهم جميعاً-[١] وإلا فلمن خرج بضربته، وللآخر المنع لجري الماء في حصته. (غيث). وقيل: ولو خرج الماء بضربة أحدهم. ومثله عن الشامي؛ إذ قد اشتركوا في الحفر، وقواه المتوكل على الله. (قرير).

(٢) بأن تحجروا في وقت واحد ثم أحيوا بعد ذلك ولو في أوقات. (قرير).

(٣) وفي المسألة أربع صور: الأولى: أن يعرف مكان حفر كل واحد منهم ويعرف مساحته من ثلث أو نحوه، فعلى هذه يقسم على الحصص، وهو قوله: «وقسم على الحصص إن تميزت». الثانية: حيث عرف مكان حفر كل واحد منهم لكن لم يعرف بالمساحة هل ثلث أو نحوه، ففي هذه يمسح قرار النهر ويقسم على الحصص، وهو قوله: «وإلا مسحت الأرض». الثالثة: حيث لم يعرف مكان حفر كل واحد منهم ولا مساحته، ففي هذه يقسم على الرؤوس، ويبين مدعي الزيادة. الرابعة: حيث لم يشتركوا في أصل النهر ولا مجاريه، وإنما أحيوا على الماء المباح، ففي هذه يقسم على حسب المزارع. وهذه الصور قد تضمنها متن الأزهار وشرحه. (سماع) (قرير).

(٤) وتقسم الحصص على قدر الغرامة، فإن كانوا ثلاثة حفر كل واحد ثلاثة أذرع، وأجرة الأعلى في البئر درهم، والثاني درهمان، والثالث ثلاثة دراهم، كانت بينهم على قدر الغرامة، فيكون لصاحب الدرهم سدس، ولصاحب الدرهمين ثلث، ولصاحب الثلاثة نصف. والمختار خلافه، كذا قرير .اهـ فيقسم على قدر الحفر، لا على قدر الغرامة. (قرير).

(*) حيث صار إلى كل واحد ما ينتفع به، وإلا فمهاياة. (قرير). بإذن الإمام.

(٥) أي: قراره. والساقية إذا كانت الشركة فيه. (قرير).

(*) وعرف قدر نسبتها من ثلث أو نحوه. (حاشية سحولي).

(٦) وتصادقوا على اللبس.

---

[١] كأن يمسكوا المحفر معاً، أو اشتروا عبداً يحفر لهم. (حثيث).

الحصص وتشاجروا(١) ولم يبين أحدهم **(مسحت الأرض)** يعني: أرض النهر إذا كانت الشركة فيه، أو أرض المجرى إذا كانت الشركة فيه، وقسم على الرؤوس×(٢)، ولا عبرة بالحصص في المزارع. وإن كانت الشركة في الماء من حيث إنهم أحيوا عليه في وقت(٣) واحد كانت القسمة على قدر حصصهم في المزارع(٤)، فإن تشاجروا مسحت أرض المزارع(٥).

---

(١) يعني: ادعى كل واحد منهم أن حصته نحو ثلث أو ربع.

(٢) حيث استوت أو التبس. (قرير).

(*) قال في الأثمار: «غالباً» قال في الشرح: احتراز من أن يعلم ثبوت السقي لهم جميعاً، وتشاجروا كم لكل شخص منهم، فإن القسمة لا تكون على الرؤوس حينئذٍ، بل على قدر مساحة الأرض، فيكون لكل منهم بقدر حصته في المزرعة، ذكره بعض أصحاب الشافعي، وهو المراد بكلام أهل المذهب، وصححه المؤلف. (بلفظه). وظاهر الأزهار خلافه. (قرير).

(*) وهذا حيث عرف مكان حفر كل واحد منهم ولم يعرف قدره، فيمسح القرار المحفور ليعرف قدر ما حفر كل واحد منهم من ثلث أو ربع أو نحو ذلك، ثم يقسم الماء على المساحة، وأما حيث لم يعرف حفر كل واحد منهم أو التبس فإنه يقسم على الرؤوس، ويبين مدعي الزيادة، هذا حيث اشتركوا في أصل النهر بأن حفروه معاً، وأما إذا كان اشتراكهم في الأراضي حيث أحيوها على النهر فقسمته بمساحة الأراضي المحياة عليه ويقسم على قدرها. (من حاشية على التذكرة للفقيه علي راوع) (قرير).

(*) بل على الحصص.اهـ وقيل: مع اللبس يقسم بالمساحة، ولا وجه للتشكيل.

(٣) بأن تحجروه في وقت واحد، ثم أحيوه بعد ذلك ولو في أوقات. (قرير).

(٤) إذ الشركة فيها، لا من جهة قرار النهر فهو مباح.

(٥) قال في الغيث ما لفظه: فصار معنى قولنا: «وإلا مسحت الأرض» يعني به أرض النهر أي: قراره إذا كانت الشركة فيه، وأرض المجرى إذا كانت الشركة فيه، وأرض المزرعة حيث لم يشتركوا في أصل النهر ولا في المجرى ولكن أحيوا على الماء جميعاً، فلفظ الأرض في الأزهار عام للثلاثة، أعني: قرار النهر، ومجاريه، والمزارع، فإن كل واحد يمسح مع اللبس على ما ذكرناه. (بلفظه).

(وأجرة القسَّام) تلزمهم جميعاً **(على)** قدر **(الحصص)**.

(و)إذا كانت الأرض محياة على الماء شيئاً بعد شيء فللأعلى كفايته و**(لذي الصبابة**[١]**)** وهو الأسفل **(ما فضل**[٢] **عن كفاية الأعلى**[٣]**، فلا يصرف عنه)** والكفاية: قال أصحابنا: هي أن يمسك الماء حتى يبلغ الشراكين في الزرع، والكعبين في النخل[٤].

---

(١) بالضم. (قاموس). وهي البقية من الماء.

(*) ولا يكون لذي الصبابة فيها حق إلا إذا وصل الماء الموضع الذي ينصب منه، وإن لم يصله فلا حق له، كما إذا لم يدخل جملتها. (تعليق زيادات). وظاهر المذهب خلافه. (قرر). فالحق ثابت له وإن لم يصل الماء إليه.

(*) قال في حواشي الزيادات: هذا إذا قلنا: إن الماء حق، وإن قلنا: إنه ملك - فله الصرف. قال في حواشي الإفادة وأبو جعفر: إن أحيا الأسفل بإذن الأعلى فليس له الصرف، وإلا فله الصرف، ولم يعتبروا كونه حقاً أو ملكاً. (من الرياض، والزهور)، ومعناه في البيان.اهـ وفي حاشية عن سيدنا سعيد الهبل: اعلم أن المحيا عليه إن كان خرج بأمر الله تعالى ولا لأحد سبب في إخراجه فليس للمحيي الأول إلا الكفاية، وللثاني الإحياء سواء أحيا بإذنه أو بغير إذنه، وسواء أرسله باختياره أم لا، فليس له المنع. وإن كان مستخرجاً فليس لأحد أن يحيي إلا بإذن المخرج له، أو أرسله وأحيا عليه، وعلم بإحيائه، وكان إرساله للفضلة باختياره. (سيدنا سعيد الهبل رحمه الله).

(*) وتثبت العادة في الصبابة والإسالة والإساحة بمرة واحدة، أما لو تواطئوا بالإساحة ونحوها على وجه العارية مدة أو مطلقاً فلعل لذلك حكم العارية، ولا يثبت به الحق. (حاشية سحولي لفظاً) (قرر).

(*) **مسألة**: وإذا ثبت للأسفل حق الصبابة من الأعلى ثبت للأعلى حق إرسالها إلى الأسفل، فلا يكون للأسفل منعه من إرسالها، وإن أراد الأعلى يجعل ساقية من أصل الماء في حقه أو في حق غيره إلى الأسفل لم يكن له ذلك؛ لأنه يضر بالأسفل بإلقاء الطين في أرضه. (بيان) (قرر).

(٢) فلو أدخل دون الكفاية وأرسل الفضلة كان له قدر كفايته. (قرر).

(٣) المراد الأول وإن كان أسفل. (شرح فتح، وشرح أثمار).

(٤) قال الإمام عز الدين: فإن كان نخلاً في الماضي وفي المستقبل مزرعة فالعبرة بحال السقي.اهـ ومثل معناه في حاشية السحولي. قلت: لا يبعد أن تكون العبرة بحال إحيائه عند ثبوت الحق. (مفتي).

=

قال الفقيه يوسف: وهذا مبني على أن ذلك كاف، فإن احتاج إلى أكثر أو كفى أقل فله حسب كفايته(١).

(*) وأما ما روي عنه صلى الله عليه وآله وسلم أن الزبير بن العوام ورجلاً من الأنصار اختصما في شراج[١] الحرَّة التي يسقون بها النخيل إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم: ((اسق أرضك يا زبير ثم أرسل الماء إلى جارك)) فغضب الأنصاري، ثم قال: يا رسول الله، لا يمنعك وإن كان ابن عمتك أن تحكم بيننا بالحق، فتلون وجه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ثم قال: ((يا زبير، اسق أرضك واحبس الماء حتى يبلغ الجذر [الجدرات (نخ)])). قال الزبير: فوالله إني لأحسب هذه الآية نزلت في ذلك، وهي: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾ [النساء٦٥]. وأما ما يروى أن صاحب القصة مع الزبير هو حاطب بن أبي بلتعة فهو سهو؛ لأنه أجل من أن يصدر منه ذلك. وقيل: إنه حاطب بن راشد بن معاذ اللخمي من ولد لخم. (شرح فتح معنى). قال في شرح الفتح: أخرجه البخاري ومسلم، قال فيه: وقد كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أشار على الزبير برأي أراد فيه سعة له وللأنصاري، فلما أحفظه الأنصاري استوفى للزبير حقه. أحْفظه أي: أغضبه. (شرح فتح).

(١) في عرف ذلك البلد، وكل بلد بعادتها في أراضي الزرع وأراضي الأشجار. (بيان) (قرير).

(*) ولو استغرق الماء جميعه.

---

[١] والشراج بالشين المعجمة والجيم جمع شرج بسكون الراء، وهو نهر صغير. والحرة -[أرض ذات حجار سود نخرة، كأنها أحرقت بالنار، والجمع الحرار بالكسر والحرات، ذكره في مختار الصحاح]-: أرض مكسية بالحجارة. قيل[٠]: عقوبة، أي: حكم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم. وقيل: بل هو المستحق. والجدر هاهنا المسناة، وهو ما يرفع حول الزرع[٠٠]. وقيل: لغة في الجدار. وقيل: هو أصل الجدار، وروي الجدر بالضم جمع جدار، ويروى بالذال، وفي رواية: «حتى يبلغ الجذر»، يريد مبلغ تمام الشرب، من جذر الحساب، وهو بالفتح والكسر: أصل كل شيء. (شرح فتح). والمراد به هنا أصول النخل، كما ذكره صاحب شرح الفتح في باب القضاء.

[٠] هذا هو جواب «أما» في أول الحاشية، ولفظ البحر: فأما قوله صلى الله عليه وآله وسلم للزبير: ((اسق أرضك حتى تبلغ الجدار)) فقيل: عقوبة لخصمه. وقيل: بل هو المستحق وكان أمره بالتفضل.

[٠٠] في النهاية: ما يرفع حول المزرعة كالجدار.

(ومن في ملكه(١) حق مسيل(٢) أو إساحة ....

(١) **مسألة**: وإذا كانت أرض بين اثنين مقسومة بينهما وشربها موج، فخرب جانب منها بحيث يخرج ماؤها - أجبر صاحبه على إصلاحه، فإن لم يمكن إجباره أو تعذر عليه خير الثاني بين أن يصلحه ويرجع عليه بما غرم، وبين أن يحبس على حقه[١] بعرم يرد عليه ما يستحقه من الماء. **فرع**: فلو كان لأحدهما المدغر وللثاني الموقر، فارتفع المدغر - لم يكن لصاحبه أن يعرّم عليه، بل يزيل ما فيه من التراب المرتفع. وإن انخفض الموقر عما كان عليه فعلى صاحبه إصلاحه، وإلا كان لصاحب المدغر أن يعرِّم على حقه[٢]. (بيان).

(*) ليدخل الملك والوقف. (قرز).

(٢) ويثبت بأول مرة.

(*) ولا فرق في الصبابة بين أن تثبت من الوادي أو من أرضه، إذا قد أرسل إلى الأسفل الفضلة، وظاهر الكلام لا بد أن يرسل؛ إذ لو استرسل بنفسه فلا حكم له، ولا يثبت للأسفل على الأعلى حق حيث استرسل بنفسه على الصحيح، على ما يأتي. (تعليق زهرة) و(قرز). ظاهره ولو أرسل المالك إلى ملكه الفضلة ثبت للمرسل إليها الحق، فإذا باعها لم يمنع المشتري من الصبابة[٣]. (سيدنا حسن رحمه الله) (قرز).

---

[١] قال الفقيه يوسف: والأولى أن يقال: لا يعرّم، ولكن يصلحه ويرجع بالغرامة، كمسألة السفل والعلو إذا انهدم السفل.اهـ ومن ذلك أن تكون ساقية لضيعتين، فارتفع أحد الضيعتين فلم يدخلها الماء، فطلب صاحبها نقل موضع قسمة الماء إلى أرفع من الموضع المعتاد -فله ذلك، ويجبر رب السفلى عليه أو يرفع الأحجار التي يقسم الماء من فوقها على وجه[٠] لا يضر، وقد أشار إليه في الزيادات، وأفتى به الفقيه حسن، واستقربه المؤلف. وقال الفقيه أحمد بن سليمان بن أبي الرجال: ليس له ذلك. قال الإمام المهدي في البحر: وهو أولى إن تضرر شريكه بذلك. (وابل).

[٠] إذ موضوع ذلك لينتفع به، قلت: ولأن المراد من القسمة دفع الضرر حالاً ومآلاً؛ دليله منع البعض من الإحداث في ملكه ما يضر غيره إذا كان الملكان عن قسمة وإن تدارجت على ظاهر المذهب. (مقصد حسن).

[٢] قلت: وبقي الكلام فيما لو تصادقا على أنه موج، والحال أن أحدهما مرتفع والآخر منخفض، فقال الأعلى: ملكي على الأصل، فيجب عليك أن تصلح المنخفض حتى يساوي ملكي، وقال الآخر العكس، فمن يكون القول قوله؟ الظاهر أن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه، فمن بين منهما أو حلف دون صاحبه ثبت له، فإن بينا أو حلفا أو نكلا وجب على كل واحد منهما نصف الإصلاح، فيزيل صاحب المرتفع نصف التراب، ويكبس صاحب المنخفض نصف المنخفض حتى يستويا. (مقصد حسن) (قرز).

[٣] مستقيم إذا كان الموضع له منفرداً أو راضي الشركاء، وإلا فسيأتي في أول الإقرار في آخر حاشية عن سيدنا حسن أنه إذا أقر أحد الشركاء في طريق أو مسيل لآخر بنصيب أنه لا يصح. (قرز) على شرح قوله: «لم يعلم هزله» أولها: «ما يقال في رجل...» إلخ.

لم يمنع[١] **المعتاد**[٢] **وإن ضر)** مثال ذلك: إذا كان الأعلى يستحق إفاضة مائه إلى الأسفل، أو الأسفل يستحق مسيل الماء في حق الأعلى- لم يكن للأسفل أن يمنع من إساحته إليه، ولا للأعلى أن يمنع من المسيل وإن خرب زرعه[٣] وخدد أرضه، فإن فعل غير المعتاد ضمن[٤] ما ضر ذلك.

وثبوت الإساحة أو المسيل بأحد أمور: إما بالضرورة[٥]، بأن لا يكون ثم

---

(١) ولو لمسجد أو صبي أو مجنون. (قرير).

(٢) ويمنع غير المعتاد، ولو مثل المعتاد أو دونه، فيمنع منه ولو لم يحصل ضرر. (قرير).

(*) من سيل أو غيل أو غيرهما، كمنافذ ماء البيوت. (شرح فتح) (قرير).

(٣) أي: أفسده.

(٤) الأرش.

(*) يعني: إذا كانت الزيادة له عناية فيها، فإن لم يفعل سوى المعتاد لم يضمن، إلا أن يمكنه رد الزيادة فلم يفعل فإنه يضمن، ذكره في بيان السحامي، ولعل وجهه كون سبب دخول الماء بفعله الذي هو معتاد. (كواكب). ولفظ حاشية السحولي: وغير المعتاد يضمنه إن كانت الزيادة بفعله، أو أمكنه ردها، وعلم ذلك، وإنما يشترط علمه وتمكنه حيث لم يكن سبب ذلك منه، وإلا ضمن مطلقاً. (بلفظه) (قرير).

(٥) راجع إلى الجميع. (قرير).

(*) الضرورة ترجع إلى الصبابة لا إلى الجميع .اهـ بل إلى الجميع. (قرير).

(*) أما الإساحة فظاهر حيث كان لا يوجد مكان غيره للإساحة، وأما في المسيل فهذا حيث قد تحقق ثبوته ثم التبس، فيفرض من الأعلى للضرورة، لا إذا لم يتحقق فلا. (قرير).

(*) والضرورة تثبت بأحد أمور: إما بأن يعلم أن هذه الجربة تشرب من هذه البئر، ولم يكن طريق إلا من حق الغير للماء ثبتت به الإسالة، وتلزم القيمة كما في باب ما يدخل في المبيع.اهـ والقيمة قيل: على المالك. وقيل: على أهل الأملاك، كما تقدم في الهامش على البيع.

(*) هذا حيث لا يمكن مروره إلا في حق الأعلى[١]. (بيان). بأن كان الأسفل مالكاً في قرار النهر ولم يجد ممراً ينزل فيه ما يستحق من الماء، أو يشهدوا أنه يستحق في الماء ولم يذكروا المجرى، وقد ذكر ذلك في شرح الفتح. (قرير). المقرر خلافه في المسيل.

---

[١] إن كان واحداً، وإن كانوا أكثر فرض الحاكم بالقيمة. (شرح فتح) (قرير).

ممر سواه، أو بالتصادق، أو بالبينة(١).

(و)من إلى أرضه إساحة أو فيها المسيل وتغير شيء من ذلك لزم صاحب الأرض وتحتم **(عليه إصلاحه(٢))** ليصل صاحب الحق إلى حقه.

(و)إذا كان لرجل عين أو بئر أو مسيل أو دار، وأراد غيره أن يحيي بقربه - لم يجز له ذلك إلا برضا المالك، وللمالك أن **(يمنع المحيي(٣) لحريم(٤) العين والبئر والمسيل(٥))** ....

---

(١) والبينة تكون على أن الماء كان يجري إلى الأسفل قبل أن يحيي الأعلى. (غيث). أو على أنه باع واستثنى مرور الماء، أو على إقراره. (قرير).

(*) والحكم، أو علم الحاكم، أو نكوله، أو رده اليمين. (قرير).

(٢) إلا لعرف[١] جارٍ بأن من له الحق هو الذي يصلح ذلك، وليس على من هو في ملكه إلا التمكين له - فإنه لا يجب عليه؛ لأن العرف الجاري يعمل به في مثل ذلك، كما في كثير من المواضع كما تقدم ويأتي، وإنما الذي لا يعمل به فيه ما صادم نصاً صريحاً، هكذا حرره المؤلف وقرره، وهو الذي أفتى به أعيان المفتين المحققين. (شرح فتح).

(*) إلا أن يكون العرف بخلافه لم يجب على المالك إصلاحه. (قرير).

(٣) وكل ذلك في المباح[٢]. (بيان). وأما المدن والبوادي فالظاهر أنه لا حريم للدور؛ لأن المتصل بها طريق نافذة فليس لمالك الدار أن يفعل ما يمنع المار فيها، أو تكون منسدة فأهل الشارع فيها على سواء. وأما مجاري مائها ومنافسها فأمر ضروري لا بد منه. (سماع).

(٤) وإنما سمي الحريم حريماً لأنه يحرم منع صاحبه منه، أو لأنه يحرم على غيره التصرف فيه. (نهاية).

(٥) والشجر. (قرير).

---

[١] أو بسبب من المستحق، كأن يجري من السيل شيئاً كثيراً فيأتي بالأحجار والتراب والخشب وغيرها حتى غير ذلك[٠]؛ ولذا جرت العادة الماضية في دور صنعاء أن من له حق إجراء ماء داره إلى دار غيره أنه يجعل في الخرق الذي ينفذ منه شباكاً من حديد حتى لا يمر به إلا الماء دون العيدان وأوراق الخضراوات والوساخات، وأوجب ذلك حكامها خلفاً عن سلف، وقد شاهدت ذلك في كثير لدفع الضرر، فهو في الأراضي والضياع لا يقصر عن ذلك، ولكل ناظر نظره. (شرح فتح).

[٠] فيضمن الأرش.

[٢] أو التبس الملك بالمباح.

=

والدار إلا المالك[١]**)** من قبل حدوث العين ونحوها، أو أراد مالك العين ونحوها إحياء حريمها لم يمنع.

أما حريم العين فقال الهادي عليه السلام: أحسن ما يعمل في حريم العين الكبيرة[٢] التي يفور[٣] ماؤها من جوانبها الأربعة[٤] خمسمائة ذراع[٥]، وأن يجعل حريم البئر الجاهلية[٦] خمسين ذراعاً، وحريم البئر الإسلامية أربعين[٧].

قال أبو طالب: والقدر الذي ذكره عليه السلام على ما عرفه من أحوال الأرض وحاجة العين إليه في اليمن ونواحيه.

قال مولانا عليه السلام: يعني أن ذلك ليس بتحديد، بل هو على حسب ما يؤمن معه الضرر في العادة، بل تجوز الزيادة والنقصان بحسب شدة الأرض ورخاوتها.

(*) والوجه أنه يمنع من الإحياء أنه إذا أحيا ملك، وإذا ملك فله أن يفعل ما شاء، فإذا حفر وأخذ الماء أدى إلى الضرر لصاحب الحق. (لمعة).

(١) وهو يقال: الاستثناء هنا لم يخرج به شيء من المستثنى منه؛ لأن الإحياء لا يكون إلا في المباح. (حاشية سحولي لفظاً).

(٢) كثيرة الإحياء عليها.

(٣) أي: يخرج.

(٤) ولفظ البيان: **مسألة:** ويترك للعين الفوارة حريم قدر خمسمائة ذراع من كل جانب، وللبير الجاهلية خمسون، وللبير الإسلامية أربعون؛ لجري عادتهم بذلك، وهذا التقدير بناء على الأغلب، وقد يختلف الضرر باختلاف حال الأرض في الصلابة والرخاوة، فما عرف أن الحفر فيه يضر العين أو البئر منع من الحفر فيه، وما عرف بالظن أنه لا يضر لم يمنع منه، وسواء كان فوق ذلك التحديد أو دونه. (قرر). فلو حفر حافر فوق الحد الذي غلب بالظن ثم حصل منه الضرر فقيل [القاسم عليه السلام]: يمنع. (بيان لفظاً).

(٥) وفي الغيث: من جوانبها الأربعة خمسمائة ذراع، لكل جانب مائة وخمسة وعشرون. (بيان بلفظه).

(*) من كل جانب. (بحر).

(٦) أي: العادية.

(٧) إنما فرقوا بين البئر الجاهلية والبئر الإسلامية لأن ذلك كان عادة الجاهلية، يجعلون حريم البئر خمسين ذراعاً، وعادة المسلمين يجعلونه أربعين، فأقر كل شيء على حاله. (كواكب).

وأما المسيل فعندنا أن حريمه غير مقدر(١)، بل ما يحتاج إليه.
وقال أبو يوسف(٢): بل مثل عرضه من الجانبين(٣)، من كل جانب نصفه.
وقال محمد(٤): من كل جانب مثله.
وقال أبو حنيفة: لا حريم له.
وأما حريم الدار فقيل: إنه مقدار(٥) أطول جدار فيها(٦).
وقال الفقيه محمد بن سليمان: مقدار ما تصل إليه الحجارة لو انهدمت(٧).
(لا مَنْ جَرَّ ماءً(٨)) موجوداً **(في ملك غيره(٩))** وجره **(من ملك نفسه)**

---

(١) بل يترك له مقدار ما لا بد له منه لإلقاء طينه عند كسحه، وما يحتاج إليه للتصرف والمسير إلى جوانبه عند العمارة. (رياض). وكذا يترك للأرض حريم قدر ما تحتاج إليه لإلقاء الكِسْح. (بيان). وهو ما يحصل عند الانهدام.

(٢) يعقوب بن إبراهيم البلخي.

(٣) مراده في موضع مستوٍ.

(٤) يترك له مثل عرضه.

(٥) فإن لم يكن قد بنى في العرصة المحيي بقي لها مثل أطول جدار عرفاً. (سماع). فإن لم يكن معتاداً؟ عن المفتي: لعله يكون بأقرب بلد إليها. (قرير). وقيل: بل ما رآه الحاكم.

(٦) **مسألة:** وإذا كانت حافة[١] بين نهر وأرض أو دار، وادعى كل واحد أنها له، فمن كانت له يد عليها فالقول قوله، وإن لم فإن علم تقدم ملك أحدهما على الثاني فهو أولى بها[٢]، وإن لم فإن كانت تكفيهما معاً[٣] فلهما، وإن لم فقال المؤيد بالله وأبو حنيفة: إن الأرض أو الدار أولى بها. وقال الناصر وأبو العباس والشافعي: إن النهر أولى بها. (بيان بلفظه) (قرير).

(٧) في مكان مستو.

(٨) يعني: حقاً، لا ملكاً. اهـ لعله لا يملكه إذا جذبه، وإلا فهو يجوز. (قرير). يعني: الحفر.

(٩) أو حقه أو وقفه.

---

[١] الحافة: ما يلقى فيها الكسح ونحوه. (هامش بيان).
[٢] مع يمينه.
[*] ولعل وجهه كونه قد ثبت حريماً لملكه.
[٣] يعني: حريمين. (قرير).

فإنه لا يمنع من ذلك(١)، فلو حفر الرجل في ملكه بئراً لينجذب ماء البئر التي في ملك غيره فإنه لا يمنع من ذلك.

وقيل(٢): إنه يمنع مطلقاً. وقال الفقيه محمد بن يحيى(٣): إنه يمنع من فوق لا من تحت. وقال الفقيه يحيى البحيبح(٤): عكسه(٥).

(أو سقى) من له حق في الماء **(بنصيبه)** فيه موضعاً آخر **(غير ذات الحق(٦))** فإنه لا يمنع **(إلا لإضرار(٧))** يحصل على من له حق في الماء، وذلك في

---

(١) ما لم يكن عن قسمة فيمنع .اهـ ومثله في الغيث. ويلزم على هذا أنه لا يغرس في ملكه ما يضر جاره إذا كانت المجاورة عن قسمة. وإن كانت المجاورة لا عن قسمة فلصاحب الملك أن يفعل في ملكه ما شاء وإن ضر العين والبئر، ذكره أبو طالب والقاضي جعفر[١]. (بيان معنى). **مسألة**: وإذا ادعى صاحب الأسفل أنه مشارك في أصل الماء، وقال صاحب الأعلى: ما لك إلا ما فضل عن أرضي - فقال المؤيد بالله: القول قول صاحب الأسفل. وقال أبو مضر عكسه. قال الفقيه محمد بن سليمان: قول المؤيد بالله أقوى في الغيل، وقول أبي مضر أقوى في السيل؛ للعرف بذلك. (بيان بلفظه).

(٢) للقاسم العياني. [لقوله ﷺ: ((لا ضرر ولا ضرار في الإسلام))].

(٣) وفي نسخة: الفقيه يحيى البحيبح.

(٤) وفي نسخة: أبو طالب والقاضي جعفر.

(٥) قلنا: مالكٌ لا عن قسمة، فيحدث ما شاء وإن ضر، كسائر التصرفات. (بحر) (قرر).

(٦) المختار في هذه المسألة المنع؛ لأنه يؤدي إلى ثبوت الحق عند من يحكم بثبوت الحق باليد، وأيضاً فقد يدعي الملك، ويجوز للشاهد أن يشهد بشروطه التي ستأتي. (إملاء شامي). وظاهر الأزهار خلافه. (قرر).

(٧) وكذا لو لم يكن ثم إضرار وأراد أن يجري الماء في المشترك ويفتح في جانب النهر [المراد الساقية]. (بهران)[٢]. ولذا قال في الفتح: «إلا لإضرار مخل عرفاً».

---

[١] فإن قصد المضارة أثم فقط.

[٢] عبارة شرح الأثمار لابن بهران: فإن لم يضر فإن كان المجرى ملكاً له جاز، وإن كان مشتركاً وأراد أن يفتح في جانب النهر فتحاً غير معتاد لم يجز إلا برضا شريكه.

=

صورتين: إحداهما: إذا كان يؤدي سقيه بنصيبه في الأرض الأخرى إلى يباس الساقية(١) حتى تأخذ بعض ماء الثاني في نوبته(٢).

الصورة الثانية: أن يكون له كفايته وللأسفل ما فضل، فإنه بصرفه عن الأعلى يضر بالأسفل، إلا أن يعلم أنه لا يزيد على ما كان يأخذه الأعلى، أو كانت القسمة بالمدة(٣) - جاز له صرفه(٤).

(*) وأما ما استحسنه بعض المتاخرين من أنه يمنع منه مطلقاً لئلا يؤدي إلى ثبوت حق لغير ذات الحق - فالأقرب خلافه. (شرح بهران).

(١) إلا أن يترك من نصيبه شيئاً ما يبل الساقية جاز. (قرر).

(٢) أو ثبوت عادة. (بيان).

(٣) ينظر كيف صورة القسمة والكلام أنه ليس له إلا ما فضل من كفاية الأعلى، اللهم إلا أن يقال: قد عرفت كفاية الأعلى بالمدة - استقام الكلام.

(*) ولم يؤد إلى يباس الساقية.

(٤) ما لم يؤد إلى يباس الساقية أو ثبوت[١] عادة ولو لم يحصل إضرار؛ لأنه عند أن يحصل اللبس تمسح المزارع ويقسم الماء على قدرها.

---

[١] وظاهر الأزهار خلافه. (قرر).

(فصل): في حكم الماء في الملك وعدمه

(و)إنما **(يملك)** به **(الماء)** أمران: إما **(بالنقل والإحراز**[(١)]**)** في الجرار والكيزان والحياض[(٢)].

قال الفقيه يحيى البحيبح: فإن لم ينقل فحق[(٣)].

وعن المنصور بالله والسيد يحيى بن الحسين والفقيه محمد بن يحيى: بل يملك بمجرد الإحراز[(٤)] وإن لم ينقل.

(أو ما في حكمها) وهو مواجل[(٥)] ....

---

(١) وإن لم يقصد التملك كما في الإحياء. (قرر).

(*) قال القاضي عبدالله الدواري: إلا فيما جرى العرف فيه بإذن المالك، كالماء الذي تنزحه الدوالي في جهاتنا فإنه ملك لنازحه، والعرف جار بأن المالك يأذن في شرب الحيوان، والطهارة للبدن والثوب، وإذا جرى العرف بذلك عمل به، إلا في مال المسجد واليتيم. (ديباج). والمختار أنه يجري عليهم كما يجري لهم. (شامي) (قرر).

(*) للإجماع.

(٢) شيء من الأدم.اهـ ولفظ حاشية: ولا فرق بين أن تكون الحياض من الأدم أو بناء. (زهرة). قيل: وإنما يصير إلى الحياض من بعد نقل وإحراز. قلت: يحمل نقله بالغرف باليد.

(٣) وذلك لعموم الخبر: ((الناس شركاء في ثلاث)) إلا ما خصه الإجماع، وهو ما نقل وأحرز. وحجة المنصور بالله والسيد يحيى بن الحسين والفقيه محمد بن يحيى أنه محرز في ملكه فأشبه ما نقل. (بستان). وكما قيل في الصيد إذا وقع في الشبكة.

(٤) قوي، وهو يفهم من قوله: «أو ما في حكمها».

(٥) لا البئر.

(*) وكذا برك المساجد. (قرر).

(*) إذ وضعها للماء كوضع الشبكة للصيد.

(*) فأما البئر التي في الدار فهي حق كما مر، وذلك لأن الماجل كالشبكة للصيد، والبئر كالشجر النابت في الملك، وهذا هو الفرق.

(*) قال الفقيه يحيى البحيبح: وكذا الجرة إذا وضعت تحت الميزاب للماء المباح فهي في حكم =

الحصون[١] والبيوت[٢]، فهذه ملك، ذكره المنصور بالله[٣] والفقيه محمد بن يحيى؛ لأجل العرف؛ لأنها قد صارت في حكم المنقول المحرز[٤]. **(فتتبعه أحكام الملك)** نحو: وجوب ضمانه، وصحة بيعه وشرائه، وقطع سارقه، ونحو ذلك[٥]، ولا يجوز منه شرب ولا طهور إلا بإذن المالك.

قال الفقيه محمد بن يحيى: إلا أن يجري عرف، فإن جرى جاز.

وعن المذاكرين: لا عرف على يتيم ولا مسجد[٦].

المنقول[١] المحرز، فيصير الماء فيها ملكاً وإن لم ينقل[٢]. والوالد رحمه الله يقرر عن مشايخه أن ماء الجرة في هذه الصورة كماء البئر المملوكة، لا كمواجل الحصون[٣]، قال: وكذا المِدْوَش[٤] الذي يجعل في المباح للنحل، فلا يملك واضعه ما وقع فيه؛ لأنه يمكن خروج النحل منه، بخلاف وقوع الصيد في الشبكة أو توحله في أرض لا يمكنه الخروج منها. ويمكن أن يفرق بين الماء في الجرة ومسألة النحل؛ إذ لا يخرج الماء إلا بفعل فاعل، بخلاف النحل. (حاشية سحولي لفظاً).

(*) وكذا لو وضع الجرة فأمليت ولم ينقل فهي في حكم المنقول. والمختار خلافه.

(١) الممنوعة. (قرير).

(٢) إذ وضعها للماء كوضع الشبكة للصيد.

(٣) وبرك المساجد لا يجوز أخذ شيء منها.اهـ وقال الإمام يحيى والمنصور بالله: يجوز ما لم يضر.اهـ سواء كانت مما ينقل ويحرز كالمسنى أو غيره [بمقره (نخ)] كمواجل الحصون. (قرير).

(٤) وقال الفقيه يحيى البحيبح: إنه حق لا يملك. ولعله مبني على الخلاف فيما أحرز من دون نقل.

(٥) وجوب تزكيته إذا كان للتجارة، ويحرم بيعه متفاضلاً.

(٦) إلا ما جرى به التسامح.اهـ والمختار أنه يجري عليهم كما يجري لهم. (مفتي) (قرير).

---

[١] وهو قياس ما يقصد به الملك عرفاً كما قالوا في الإحياء، وقواه الشامي.

[٢] بل لا بد من النقل. (قرير).

[٣] يعني: الممنوعة. (قرير).

[٤] وهو الجبح، فلا بد من النقل. (قرير).

=

(و)إذا أتلف وهو مملوك وجب رد مثله؛ إذ **(هو مثلي في الأصح**[(١)]**)** من الأقوال، وهو قول محمد بن الحسن، وقواه الفقيهان محمد بن سليمان ومحمد بن يحيى. ولا يضر اختلافه[(٢)] في العذوبة[(٣)] والملوحة والخفة والثقل.

وقال الناصر والمؤيد بالله وأبو حنيفة: إنه من القيميات.

وقال في الانتصار: إن جرت عادة بكيله أو وزنه ضمن بمثله، وإلا فقيمته.

(*) لأنه لا يتصرف في ملكهما إلا لمصلحتهما. ومن قال: يجري العرف عليه قال: لما كان معتاداً صار داخلاً في إذن الشرع؛ لانصراف الخطابات الشرعية إلى ما يعتاد. (معيار).

(١) والماء جنس واحد، ويتنوع فيما بينه، فالمطر نوع، والبرد نوع، والثلج نوع، والآبار نوع، والبحار نوع، والغيول نوع. وصفته: العذوبة والملوحة، والخفة والثقل. ويصح قرضه، ويحرم بيعه متفاضلاً، ويجب رد مثله في النوع وفي الصفة. [وإن لم يجد المثل في البريد فالقيمة. (قرير)].

(*) لفظ شرح الفتح: (وهو مثلي) كما هو قول محمد بن الحسن، وقواه الفقيهان محمد بن يحيى ومحمد بن سليمان؛ إذ تستوي أجزاؤه، ويقل التفاوت فيه، ويقدر بالتقدير المعتبر، ولذا ذكر فيه المد والصاع، ولا يضر اختلافه في العذوبة والملوحة والخفة والثقل، ولا يضر كونه لا يجري فيه التقدير في كثير من الأماكن، فذلك لكثرته، ولذا لا يخرج البر مثلاً لو كان يجازف به من غير تقدير عن كونه مثلياً (لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: «أشبه من الماء بالماء») عنه صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال: ((ولما بقي من الدنيا أشبه بما مضى من الماء بالماء))[١] فشبه باقيها بماضيها في سرعة النفاذ، وعن حذيفة: ((أنتم أشبه الأمم سمتاً ببني إسرائيل..)) إلخ. (فتح وشرحه).

(*) سؤال ورد على المؤيد بالله محمد بن القاسم عليه السلام فيمن سقى بدول شريكه في مواجل الغيول ماذا يلزمه؟ فأجاب: بأنه يلزمه أجرة نصيب شريكه في الماجل والساقية بالنظر إلى نفع الماء.

(٢) أي: لا يخرجه عن كونه مثلياً، وأما الرد فيجب رد مثله. (قرير). عوض الماء المالح مالح، والعذب عذب. (قرير).

(٣) فعلى هذا يدخله الربا. (قرير).

---

[١] والقصد المبالغة في أبلغ الأشياء شبهاً بعضه لبعض. (بستان).

هذا حكم ما أحرز ونقل أو أحرز ولم ينقل(١) **(وما سوى ذلك فحق(٢) لمن سبق(٣) إليه)** وهو قسمان: أحدهما: حق بلا خلاف، وهو ماء الأودية والأنهار التي في الغياض(٤) إذا ساقها رجل إلى أرض أحياها أو رحى(٥) أو مدقة(٦).

---

(١) كمواجل الحصون.

(٢) **مسألة**: البرك التي تكون بين أملاك أهل القرية وهم الحافرون لها، والثابتون اليد عليها، وأراد أهل قرية أخرى الاغتراف منها، فالقياس عدم الاغتراف، ومع ثبوت اليد القول قول من كانت يده ثابتة، ومن ادعى في البرك التسبيلَ من القرية الأخرى أو الملكَ بيّن على ذلك، كما هو المختار. (قرر).

(٣) قال في الروضة: وينظر في منازل المسجد إذا كان قد حاز بعضها رجل يقرأ فيها، وأراد آخر أن يقف معه ولكنه يشغل الأول عن القراءة دون المرقد، هل يكون الأول أحق بها على الإطلاق ، أو يكون له حريمه كما قال الناصر في الواقف في السوق، أو يكون له المنع وقت القراءة دون النوم؟ أو يقال: هي كالمسجد، فليس له أن يمنعه من الزائد على منامه؟ قال: ينظر في ذلك. (صعيتري). قال الدميري في حياة الحيوان في ذكر النحل: إنه إذا كان بعض الدرسة يمنع البعض الآخر أنه يُخرج من المنازل.اهـ والذي قرر أن لهم الحق على سواء. (قرر). فلا يخرج؛ لأن له حقاً في مقامه.

(٤) الغياض: جمع غيضة، وهو الأجمة. والأجمة محركة: الشجر الكثير الملتف، والأجم: كل بناء[١] مربع مسطح. (قاموس). [أي: وسيع السطح].

(٥) الرحى: ما يطحن به الحبوب، ويعني بالمدقة ما يطحن به غير الحبوب من القرض ونحوه، وهذا على عرف تلك النواحي أن الطحن والدق في نواحيهم على المياه، وبجري الماء ينتقل سفل القطب الذي تدور به الرحا والمدقة. (ديباج).

(٦) مدقة القصار.

(*) **مسألة**: من فجر جربة غيره وهي شاربة من السيل فقال بعض الفقهاء: يلزم ما بين قيمتها شاربة وغير شاربة، وذكر الهادي عليه السلام أن لمن استهلك ماؤه أن يزرع الجربة التي صار الماء إليها بالكراء. (ياقوتة). وفي البحر في كتاب البيع: ما وقع في الأرض المملوكة من ماء السماء فحق، فلا شيء على الفاجر إلا الإثم، ولا ضمان، ولكن يؤدب على ذلك، ويلزم أرش ما فعل في زرعه أو غيره. (قرر).

(*) **مسألة:** وأما المواجل التي في الطرقات فإن ماءها على أصل الإباحة إجماعاً، لكن لا يجوز الدخول فيها للوضوء، فإن فعل ففيه خلاف بين المذاكرين [المختار لا يجوز ويجزئ. (قرر)] ....=

---

[١] في القاموس: الأَجْم -بالفتح-: كل بيت مربع مسطح.

=

الثاني: ملك على حسب الخلاف، وهو ماء الآبار والعيون المستخرجة، فعند أبي طالب وأبي العباس للمذهب(١): أنه حق(٢)، وهو قول أبي حنيفة وأصحابه وبعض أصحاب الشافعي وأخير قولي المؤيد بالله.

= فإن أخذ من الماء وتوضأ به خارجاً أجزأ إجماعاً وإن كان عاصياً بالدخول، لأنه وضع للشرب لا للوضوء. (زهور). قال الفقيه محمد بن إبراهيم بن مسعود: والقياس أنه لا يصح وضوؤه؛ لأنه عاص بما به أطاع، وهو التوضؤ بين الماء. والفرق بينه وبين من توضأ بمائه في دار الغير أنه ليس عاصياً إلا بالوقوف فيها، لا بنفس الفعل. والذي قرره الإمام شرف الدين عليه السلام وعلماء زماننا أن صلاته صحيحة؛ لأنه عاص بالوقوف لا بالفعل، كمن طاف على جمل مغصوب. قال السيد العلامة عز الدين المفتي رحمه الله: التوضؤ في المناهل المسبلة في الطرقات تردد الفقيه حسن في ذلك، والمعمول عليه أنه لا يجوز بين الماء في موضعه؛ لأن واضعها لم يسبلها إلا لمنفعة مخصوصة، وهي تعاف بذلك، وقد ثبت للمسبل والشارب فيها حق، والاستنجاء قد يضر به، وأما إلى خارج بالاغتراف فعلى العرف، وحيث لا عرف الأقوى المنع؛ لأن المسبل الواضع قصر على المنفعة المخصوصة، وهي الشرب، وسقي الحيوانات للنهي. والله أعلم وأحكم.

(*) **مسألة:** الإمام يحيى: فأما البرك التي تحفر في الملك أو يجري إليها ماء مباح فماؤها حق، لكن لا يدخل إلا بإذن. قلت: وقال غيره: ملك، كماء الكيزان. (بحر).

(١) **مسألة:** وإذا كان لرجل نهر وحوله أرض لغيره، وكان الماء يخرج من النهر إلى الأرض فيضرها - فليس على صاحب النهر أن يفعل ما يمنع خروج الماء من نهره، بل على صاحب الأرض أن يفعل ما يدفع الماء عن أرضه إن شاء، إلا أن يرسل صاحب النهر في نهره زائداً على المعتاد فهو متعد به، فيضمن ما أفسد. (بيان). وكذا لو استرسل عن غير فعل، وعلم به، وتمكن من إصلاحه ولم يفعله. (قرير). وروى الدواري عن المؤيد بالله أنه إن خرج الماء لخلل في الساقية زائد على المعتاد ضمن صاحب الساقية ما أفسد الماء من الأرض؛ لأن عليه إصلاحه حينئذ. وإن خرج من الساقية لكثرته ولا عناية لذي الساقية في الزيادة على المعتاد فلا ضمان؛ لأن الإصلاح حينئذ على صاحب الأرض. وحيث قلنا: يضمن في خلل الساقية فالمراد حيث علم بذلك وتمكن من الإصلاح، كما في العلو والسفل. قلت: وهذا التفصيل هو الموافق لقواعد المذهب. (مقصد حسن) (قرير).

(٢) وذلك[١] لأنه قد تعارض في ملكه العمومُ الذي في قوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((الناس شركة في ثلاثة)) والقياسُ على الصيد الواقع في الحفير أو الشبكة، ....=

---

[١] عبارة المعيار: فإن حصل الإحراز من غير نقل -كماء الآبار والعيون المستخرجة وما تحويه المناهل والأراضي المملوكة من ماء السيول- فقد تعارض في ملكه... إلى آخر ما هنا.

=

وعند بعض أصحاب الشافعي والمؤيد بالله قديماً: أنه ملك.

نعم، وللآخذ(١) من هذين القسمين أن يأخذ **(قدر كفايته(٢))** ويكون أولى به، والزائد(٣) على أصل الإباحة **(ولو)** كان **(مستخرجاً من ملك في الأصح(٤)، لكن)** إذا كان في ملك كالبئر في الدار أو في الأرض المملوكة لم يجز دخوله و**(يأثم الداخل(٥) إلا بإذن)** من المالك، أو ما في حكم الإذن من جري

= فقال جماعة: يخصص العموم بالقياس، كما تقرر في علم الأصول، فيكون ذلك الماء مملوكاً. وقال الجمهور: بل يرفض القياس لمصادمته للنص، وليس من تقديم العموم على القياس. وتحقيقه: أن الشركة في الماء التي قصدها الشارع في الحديث إما أن تكون قبل وجود سبب ملكه، وهو لا يصلح مقصوداً له؛ لأن ذلك معلوم من العقل، وإنما بعث لتعريف الأحكام الشرعية، أو بعد وجود السبب وتأثيره في الملك فذلك لا يصح؛ للإجماع على أنه لا شركة بعد الملك؛ لأنه خلاف مقتضى الملك، فلم يبق إلا أن يريد بعد وجود السبب، فيكون الشارع معرفاً لنا أن السبب وإن وجد لا يوجب الملك، لكن خرج ما إذا كان بعد النقل والإحراز بالإجماع، فبقي حيث كان بالإحراز فقط؛ إذ لو أخرجناه أيضاً لبقي النص غير معمول به أصلاً. (معيار نجري).

(١) يعني: صاحب الحق.

(٢) وأما المواجل التي في الطرقات للشرب هل يجوز الوضوء فيها؟ قال الفقيه يوسف: إن جرى عرف بذلك جاز، وإن لم يجر عرف بذلك: فإن أخذ الماء وتوضأ خارج الماجل جاز؛ لأن الماء حق يستثنى منه الشرب والوضوء، وإن توضأ في الماجل لم يجز الفعل، وهل يجزئ الوضوء أم لا يجزئ؟ يجيء الخلاف -كلو توضأ في دار بغير إذن مولاها- لا يجزئ عند الفقيه يحيى البحيبح والفقيه محمد بن يحيى، وعند الفقيه محمد بن سليمان: يجزئ ويأثم. (من حاشية الزهور).

(*) لزرعه وشجره ومواشيه ونفسه.

(٣) لعله في القسم الأول، لا الثاني فحق جميعه، ومثل معناه في البيان. [وقيل: لا فرق بينهما].

(٤) لعله يشير إلى خلاف المؤيد بالله المتقدم، والله أعلم.

(٥) يعني: الملك، لا الحق ما لم يضر. (بيان). والذي في التحجر المنع إلا بإذن.

(*) ولا يجوز الدخول في أرض الغير مع كراهة صاحبها ولو كان لا يضره. وقال المنصور بالله وأبو جعفر والإمام يحيى: يجوز إذا كان لا يضره. (كواكب).

عرف أو ظن رضا(١)، **(و)** يأثم أيضاً **(الآخذ**(٢)**)** من هذا الماء **(على وجه يضر)** صاحب(٣) الحق(٤)، ....

(١) في الدار، لا في الأرض ما لم يظن الكراهة كما في الصلاة. (قرير).

(٢) في غير شرب وطهور. (قرير).

(٣) فصار الحاصل في الماء على ثلاثة أقسام: الأول: ملك خالص، وهو ما نقل وأحرز، أو في حكم النقل والإحراز، وهو المواجل التي في الحصون والبيوت والمساجد، فهذا لا يجوز الانتفاع به بحال إلا برضا مالكه، وتلحقه جميع أحكام الملك. الثاني: مباح محض، وهو ماء السيل في الأودية المباحة، والعيون التي أخرجها الله تعالى، فمن سبق إلى شيء منه فأحيا عليه أرضاً كان حقاً له قدر كفايته، وباقيه على أصل الإباحة، فليس لأحد أن يأخذ منه ما يضر صاحبه إلا للشرب والطهور. الثالث: ماء العيون المستخرجة، والآبار والمناهل المملوكة والمسبلة، والأراضي المملوكة، فهذا حق يجوز الأخذ منه للشرب والتطهر مطلقاً ولو استغرقه أو نجسه، إذا كان على وجه لا يستعمل حق صاحبه. ولا فرق في الشرب بين الآدميين وغيرهم، وفي التطهير بين الثياب وغيرها. (بيان معنى).

(٤) ما لم يكن للشرب[١] والطهور، يعني: فلا إثم[٢]. (بيان). أما مع الاستغراق فلا يجوز؛ لأنه يؤدي إلى إضرار صاحب الحق، وحقه متقدم. (زهور). بل ولو استغرق؛ لأن المستثنى مقدم على المستثنى منه. (بستان).

(*) اعلم أن الفرق بين الملك والحق: أنه لا يجوز استعمال ملك الغير إلا بإذن شرعي، بخلاف الحق فيجوز للغير استعماله ولو كره صاحبه ما لم يضر به في منفعة ذلك الحق، سواء كان الحق ماء أو مستطرقاً أو متحجراً أو فناء أو نحو ذلك. (لمع). وقيل: هذا خاص في الماء والكلأ. قلت: وينبغي أن يقال في تحقيق المذهب وإن أبته ظواهر من إطلاقاتهم في بعض المواضع: إن ما تعلق به حق لمعين كأرض متحجرة، أو شجر مقصود بالتحجر، أو أصباب ماء، أو محتطب، أو مرعى، أو فناء، أو ماء - فإنه لا يجوز للغير تناوله ولا يملكه لو فعل إلا برضا ذي الحق، سواء كان على وجه يضر أو لا. وأما قولهم: إن من أخذ ماء من البئر ونحوها مما هو مملوك للغير إن الآخذ يملك الماء ويأثم بالدخول مع عدم ظن الرضا - فإنما ذلك في المباح منه، وذلك هو الزائد على قدر كفاية ذي الحق؛ لأن حقه في ذلك القدر لا غيره. (مقصد حسن من الإجارة).

---

[١] من غير فرق في الشرب بين الآدميين والبهائم، وفي التطهير بين الأبدان والثياب. (بيان لفظاً).

[٢] على وجه لا يستعمل ملك الغير. (قرير).

لا على وجه لا يضر[١] فلا إثم، ولا ضمان في الوجهين[٢] جميعاً، ولو أحيا محي على فضلته[٣] لم يكن له صرف الفضلة عنه إلا على وجه يعود إليه ولا يضره[٤].

---

(١) وذلك حيث هو مستغن عنها في الحال.

(٢) حيث يضر وحيث لا يضر.

(*) ولا يرد مع البقاء في الوجهين جميعاً.

(٣) وهذا يصلح تفسيراً لقوله: «ولذي الصبابة.. إلخ». (مفتي).

(٤) وقيل: لا فرق بينهما.

باب القسمة(١)

اعلم أن القسمة هي إفراز الحقوق(٢) وتعديل الأنصباء(٣).

والأصل فيها من الكتاب قوله تعالى: ﴿لَهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَعْلُومٍ ﴿١٥٥﴾﴾(٤) [الشعراء].

ومن السنة: ما روي عنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ أنه قسم غنائم خيبر(٥) وبدر وحنين(٦).

وكان لعلي عليه السلام قسّام يعرف بعبدالله بن يحيى(٧).

والإجماع ظاهر على الجملة.

---

(١) وفائدة القسمة تعيين النصيب وقطع الخصومة. (بحر).

(٢) يعني: يفرز لكل وارث إلى جانب. وتعديل الأنصباء: هو كيل ما يكال ووزن ما يوزن وعد ما يعد وذرع ما يذرع وتقويم ما يقوم. (خالدي). وفي الهداية: هي إفراز الحقوق في المثليات، وتعديل الأنصباء في القيميات. (قرير).

(*) في المثلي.

(٣) في القيمي.

(٤) وقيل: الأولى في الاحتجاج: ﴿وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَى﴾ [النساء:٨].

(٥) من ثمانية عشر سهماً.

(٦) وغنائم هوازن وغطفان. (شرح بحر).

(*) شكل على «حنين» في المنتزع، ووجهه: أنها لم تقسم غنائم حنين، وإنما أعطى من أعطى ومنع من منع؛ ولهذا كان من الأنصار ما كان.

(*) وبني المصطلق.

(*) وكانت السبايا ألف[١] سبية، وأما الأنعام فلا يعرف قدرها إلا الله سبحانه وتعالى، والله أعلم بالصواب.

(٧) الأنصاري.اهـ يقسم بين المسلمين إذا تشاجروا.

---

[١] وفي نسخة: ستة آلاف.

(فصل): في ذكر شروط القسمة

اعلم أن للقسمة شروطاً سبعة، فخمسة تعتبر في صحتها، واثنان يعتبران في إجبار من امتنع.

فالذي **(يشرط في الصحة**(١)**)** لها **(حضور**(٢) **المالكين**(٣)**)** المشتركين **(أو)** حضور **(نائبهم**(٤)**)** فنائب الغائب(٥) والمتمرد والصبي قائم مقامهم **(أو)** وقوع **(إجازتهم**(٦)**)** فإن لم يكن كذلك ....

(١) الصحيح أن هذه السبعة للإجبار والنفوذ، وإنما يعتبر في صحتها ما سيأتي في قوله: «و لايقسم الفرع دون الأصل ولا النابت دون المنبت». (قرر).

(*) يعني بالصحة: عدم نقضها.

(٢) بل هو شرط في نفوذ القسمة.

(٣) جائزي التصرف. (بحر) (قرر).

(٤) وحيث تصح القسمة وفي الورثة حمل هل تفتقر إلى نائب عن الحمل من ولي أو وصي؟ الأظهر ذلك، بل هو من باب الأولى، ولا يقال: هذه نيابة عمن لم يتحقق وجوده؛ لأن الظاهر صحة الحمل حتى يتبين عدمه. (حاشية سحولي لفظاً) (قرر).

(٥) بريداً، أو خشية فساد وإن قل. (بيان معنى)[١].

(٦) أو نائبهم. (هداية).

(*) **فائدة**: وأما حكم مال المفقود فظاهر كلام أهل المذهب أنه يحفظ بنظر الحاكم حتى يتحقق موته، فيصير لورثته. (قرر). [أو يرجع فيصير له. والذي أمر به مولانا أمير المؤمنين المتوكل على الله عليه السلام إبراهيم بن القاسم أن ماله يصير إلى من يرثه حال أن فقد، وأن ذلك ينزل بمنزلة موته، فإن رجع أو صح موته في وقت معلوم كان له أو لورثته، واختاره مولانا صارم الدين إبراهيم بن محمد، ولا بأس أن يتوثق الحاكم بأوراق أنه إذا رجع كان له، أو يتحقق موته عمل بحسبه. وعمن نقل عن المؤيد بالله محمد بن القاسم: أن الحاكم إذا ظن غيبة الغائب غيبة منقطعة قسم تركته بين ورثته على حسب الميراث، وانتفعوا بالغلات ونحوها، ويمنعهم من تفويت شيء من الأعيان حتى يصح أمره. ويجوز هذا وإن قلَّت الغيبة. (من خط سيدنا حسن). قال بعض العلماء: ورجحت كلام مولانا المتوكل على الله لاختلاف الكلام في عدم وجود من يركن عليه في الزمان. قال سيدنا حسن: وهو الذي أرجحه ويطمئن إليه قلبي لما ذكر. (من خطه).

---

[١] لفظ البيان: إلا فيما يخشى فساده فلا تعتبر مسافة الحكم.

=

فللغائب والصبي نقضها[١] **(إلا في المكيل[٢] والموزون[٣])** فيجوز لكل واحد أن يأخذ نصيبه وإن لم يحضر شريكه[٤]؛ لأن قسمتها إفراز[٥].

(و)الشرط الثاني: **(تقويم المختلف[٦])** كالقيميات من الأراضي وغيرها، فإنه لا يصح قسمتها مذارعة، ....

(*) وإذا مات المجيز قبل إجازته بطلت القسمة كما في البيع الموقوف، وسواء كان الذي لم يحضر القسمة قد قسموا نصيبه أو تركوه مشاعاً معهم أو مع بعضهم. (بيان) (قرير).

(*) واعلم أنه يبقى مال المفقود بنظر ورثته. (سماع). ولفظ حاشية: فعلى هذا يكون مال[١] الغيب تحت يد ورثتهم؛ لأن حبسه إضاعة للمنافع، وجعله بيد الغير يؤدي إلى المشقة البليغة بحفظ غلاته سيما مع طول المدة، وبيد أحدهم أيضاً كذلك، ولما يؤدي إلى الشجار. (محيرسي). وقرره سيدنا حسن الشبيبي رحمه الله. (قرير).

(١) بل ولهم؛ لأن العقد الموقوف لكل واحد نقضه. (بيان).

(٢) والمذروع والمعدود المستوي. وظاهر الأزهار خلافه[٢]، ويوافق الأزهار في قوله: «وفي المستوي إفراز»، والمختار في الأرض المستوية ما هنا، وهو اختيار الفقيه حسن، وهو المختار. (قرير).

(*) وهذا خاص في المكيل والموزون، دون الأراضي وإن استوت أجزاؤها. (بهران).

(٣) المستوي.

(٤) مع اتفاق المذهب. (قرير).

(*) فيما عدا قسمة المضاربة.

(٥) بل العلة كون الغرض لا يختلف في ذلك، بخلاف الأرض المستوية ونحوها فالأغراض تختلف. (قرير).

(٦) وهذا الشرط ذكره الفقيه حسن في التذكرة. قال الفقيه يوسف: وفي جعله شرطاً نظر؛ لأنهم قد قالوا: إذا وقع الغبن الفاحش لم تنقض القسمة إذا لم يكن فيهم صغير أو غائب، ولا تقويم مع الغبن الفاحش، وقالوا: إذا قسم المكيل جزافاً صحت على قولنا: إنها إفراز، وترك الكيل كترك التقويم. (زهور).

---

[١] ولا يخرج شيء من أموالهم إلا نفقة الزوجة ومن في حكمها كأقاربه بحكم الحاكم، كل ذلك إلى انتهاء المدة المقدرة. (قرير).

[٢] ولأن الأغراض تختلف هنا.

=

بل لا بد(١) من التقويم(٢) **(وتقدير المستوي(٣))** بالكيل أو الوزن أو الذرع، كل شيء بما يليق به، فإن فعلوا من دون ذلك لم يصح.

(و) الشرط الثالث: **(مصير(٤) النصيب(٥) إلى المالك أو)** ....

(*) جعله الفقيه حسن شرطاً لصحة القسمة. قال الفقيه يوسف: والأولى أنه شرط للإجبار عليها، لا لصحتها، فإذا تراضوا بها من غير تقويم صحت. وهذا هو القوي، ولعل مراد الفقيه حسن أنه شرط للصحة حيث القسمة بالحكم لا بالتراضي. (كواكب).

(١) قال في البحر: فإن تراضوا بالموازاة فالأقرب الصحة؛ إذ لا مانع. (بحر). وليس لهم النقض. (قرير).

(٢) إلا مع التراضي.

(٣) للإجبار.

(٤) فأما حيث وقعت القسمة بحضورهم الجميع، وحصل التراضي أو القرعة أو تعيين الحاكم، ثم تلف نصيب أحد الشركاء قبل أن يقبضه حيث كان المقتسم غائباً عنهم - فهل يأتي وفاق أنه يتلف من مال من خرج بالقسمة نصيباً له، ولا يشترط أن يقبضه، أم يقال: إذا تلف قبل أن يقبضه بطلت القسمة وشاركهم فيما صار إليهم، أم يفرق بين أن تمضي مدة يمكن فيها أن يقبضه وعدم ذلك؟ (حاشية سحولي). لو قيل: لا يبعد أن يدخل في عموم قوله: «ومصير النصيب إلى المالك»؛ إذ مجرد القسمة بالتراضي لا تبطل حقه في الباقي بعد تلف نصيبه - لم يبعد[١]، اللهم إلا أن يكون تلفه بسبب تراخيه عن قبضه فمحل نظر. (إملاء شامي).

(*) لكن يقال: لا يخلو أما أن يتلف الباقي أو لا يتلف، إن تلف قبل أن يصير إلى مالكه فهما شريكان فيما في يد الآخذ، وأما إذا تلف ما في يد الآخذ كان الباقي للشريك [الغائب. (قرير)]، ولا فرق بين أن يتلف بجناية أو تفريط أو لا، وسواء كان قبل قبض الشريك حصته من الباقي أم لا. وأما إذا تلف ما في يد الآخذ وكان تلفه لا بجناية ولا تفريط، وتلف الباقي أيضاً قبل أن يصير إلى مالكه - فلا ضمان على الآخذ؛ لأن الشرع أذن له بأخذ حصته، وإن تلف الذي أخذه بجناية أو تفريط مع تلف الباقي فإنه يضمن لهم قدر حصتهم من الذي أخذ. (بيان معنى، ومقصد حسن) (قرير).

(٥) للنفوذ.

---

[١] سيأتي ما يخالفها على قوله: «لا يحنث لو حلف لا باع فقاسم» آخر بحث: وتحريم مقتضي الربا.

=

إلى **(المنصوب الأمين**(١)**)** فلو سلموا نصيب الغائب أو الصغير إلى من يستهلكه أو أهملوه(٢) لم تصح(٣).

قال الفقيه محمد بن سليمان والفقيه يحيى بن أحمد: فلو أخذ الشريك حصته من المكيل والموزون في غيبة شريكه جاز، ويكون مشروطاً بأن يصل شريكه(٤) إلى نصيبه(٥).

وعن أبي مضر(٦) والفقيه يحيى البحيبح: ليس ذلك مشروطاً هاهنا.

(*) قال الفقيه يوسف: وإذا كان بعض المقسوم في يد الغير رهناً أو غصباً فلهم الكل خيار تعذر التسليم حتى يسلم. (بيان). لعله فيما قسمته بيع، فإن كانت قسمته إفرازاً فالقياس أن الخيار له لا لشركائه. (هبل) (قررو).

(١) أو الوكيل مطلقاً. (قررو).

(*) إذا كان منصوب الإمام أو الحاكم، فأما منصوب المالك فلا تعتبر فيه الأمانة.

(٢) حتى تلف.

(*) كالمبيع[١] إذا تلف قبل التسليم. (بستان). والقياس أنها تلحقها الإجازة، ويستحق القيمة على المتلف.

(٣) بل يقاسمهم فيما تحت أيديهم.

(٤) ما لم يقسمه الحاكم[٢]، فإن كان هو القسام فهو قائم مقامه؛ فلا يشترط مصيره إليه.

(٥) وتكفي التخلية مع الحضور. (قررو).

(*) هذا فيما قسمته بيع لا إفراز.

(*) فإن تلف كانا شريكين في المقبوض مطلقاً، فإن تلف المقبوض لم يشارك القابض في الباقي. (هبل) (قررو).

(٦) قد تقدم لأبي مضر خلاف هذا في قوله: «بعده المتصرف في جميعه» فيحقق. ويمكن الفرق على أصله بأن يقال: قد ملكه الشريك هنا، بخلاف الفقير لضعف حقه.

---

[١] لفظ البستان: قوله: «أن يصل كل واحد منهم إلى نصبه» يعني: وإلا بطلت كالبيع إذا تلف المبيع قبل التسليم.

[٢] أو بأمره، من غير فرق بين ما قسمته إفراز وغيره. (عامر) (قررو).

(و)الشرط الرابع: **(استيفاء المرافق**(١) **على وجه لا يضر**(٢) **أيَّ الشريكين حسب الإمكان)** فلو اقتسما داراً على وجه لا يكون لأحدهما طريق، أو لا يكون له مسيل ماء في نصيبه - فالقسمة لا تصح(٣)، ويجب أن تعاد، إلا أن يقع التراضي بينهما بذلك(٤). ولو اقتسما أرضاً فيها بئر(٥) فجاءت في نصيب الآخر ترك لها طريقاً على وجه لا يضر ما هي فيه، فإن ضر أعيدت(٦)، كما لو بقيت مشتركة(٧).

---

(١) للإجبار.

(٢) وتحصيل ذلك كله: إن شرطوا لها طريقاً صحت القسمة ولو ضرت الطريق، وإن شرطوا عدمها صحت أيضاً، لكن يأتي الخلاف هل يصح الرجوع في القسمة[١] لأجل الضرر أم لا؟. وإن سكتوا عن طريقها فهي واجبة، لكن إن كانت لا تضر ما حولها صحت القسمة، وإن كانت تضر أعيدت القسمة على وجه لا مضرة فيه، وقد أشار إلى هذا جميعه في البيان.

(٣) مع عدم المراضاة.

(٤) وتنبرم القسمة.

(*) ولا تعذر، وإلا فكبيع الآبق.اهـ وقيل: فإن تراضيا على ذلك لم يكن للراضي النقض، ولا تثبت الطريق هنا بالضرورة؛ لأنه أسقط حقه.

(٥) يعني: ملك لأحدهما، ولم تكن مشتركة بينهما، أو كانت مشتركة بينهما وجاءت بالقسمة لغير من هي في نصيبه. (غيث). ويبقى للبير حريمها. قال ابن أبي الفوارس: وهو مقدار ما يلقى الطين فيه، وليس لمن هي في ملكه أن يحفر بقربها ليسرق الماء، قال في الغيث: وإنما خالف هذا سائر الأملاك لأنها عن قسمة، فلا يفعل أيهما ما يضر بالآخر. (مقصد حسن) (قرير).

(٦) إذا لم يعلموا بالمضرة. (قرير).

(*) **وصورة المسألة**: أن تكون أرض بين اثنين قيمتها ألف درهم تقديراً، وفي جانب منها بئر تسوى مائة درهم، وأخذ أحدهما الجانب الذي فيه البئر من دون البئر بخمسمائة درهم، وأخذ شريكه الجانب الآخر بأربعمائة درهم مع البئر التي في الجانب الآخر ليكمل ما قيمته خمسمائة درهم؛ فيعادل شريكه في أخذ ما قيمته خمسمائة درهم، فالبئر قد صارت ملكاً لشريكه فليس له منعه من الانتفاع به وإن احتاج إلى تطرق أرضه. (غيث).

(٧) يعني: البئر.

---

[١] فقال في الشرح والتذكرة: لا رجوع. وعند كثير من المذاكرين يرجع. (بستان).

(و)الشرط الخامس: **(ألا تتناول**(١)**)** القسمة **(تركة)** رجل ماله **(مستغرَق**(٢) **بالدين)** فإن وقعت كانت موقوفة على الإيفاء(٣) أو الإبراء(٤) كالبيع، وهذا بناء على أن الوارث ليس بخليفة.

(و)أما اللذان يعتبران **(في الإجبار)** للممتنع من القسمة فشرطان: أحدهما: **(توفية النصيب من الجنس)** المقسوم فلا يعطى في توفية نصيبه من الأرض دراهم، بل يوفى من الأرض، وكذلك ما أشبهه **(إلا في)** ما كان الطريق إلى قسمته **(المهاياة**(٥)**)** ....

---

(١) للنفوذ. (شرح فتح).

(٢) فإن كانت غير مستغرقة فإن كان الدين حالاً سلم إن أمكن، وإن لم يمكن أو كان مؤجلاً عزلوا نصيب المدين وقسموا الباقي، وسيأتي ما يؤيده في الحجر على قوله:«ولا يحل به المؤجل».

(٣) للدين كله.

(٤) ويصح من الورثة إبطالها.

(*) لا على إجازة الغرماء فلا حكم لها؛ لأن المانع -وهو الدين- باقٍ. (قرير).

(*) فلو قضى بعض الورثة حصته من الدين بعد القسمة فإنها لا تصح القسمة في حقه، ذكره في البرهان، قال فيه: ولعل هذا بخلاف الهبة والبيع والعتق ونحوه فإنه يصح في حق من قضى من الورثة. وقرر بعد مذاكرة، وقرره سيدنا العلامة جمال الإسلام علي بن أحمد بن ناصر الشجني رحمه الله آمين.

(٥) وللشريك البيع وإن نقصت قيمة حصة شريكه؛ بأن يبيع من ظالم أو غيره ممن يكره شريكه، نص عليه المؤيد بالله. وللإنسان أن يسافر في نوبته إلى حيث شاء، ويحمل ما شاء مما جرت به العادة أن مثل هذا الحيوان يحمله، مثال ذلك: أن تكون المهاياة شهراً شهراً، فلأحد الشريكين في شهره إذا كان من أهل اليمن أن يسافر بالحيوان إلى مكة، وإن انتهى الشهر فعليه تفريغ ظهره من الحمل حتى يأتي صاحبه للحيوان، ولا يجب رده على المسافر. (ديباج). وقيل: يجب الرد كالمستأجر، ويجب إلى موضع الابتداء. (مفتي).

(*) كثوبين أو حيوانين أو سيفين أو نحوهما مما كان بينهما تفاضل؛ إذ فيه زيادة دراهم، ففي هذا

=

كالثوب(١) والحيوان ونحوهما مما لا يمكن توفية النصيب من جنسه، فيجبر الممتنع من توفيته من غير الجنس.

(و)الشرط الثاني من شرطي الإجبار: **(ألا)** يقسم قسمة **(تتبعها قسمة(٢))** يعني: أنه لا يجبر الممتنع على قسمة تتبعها قسمة(٣)، كنصف وثلث وسدس، فإذا قسمت أسداساً(٤) أجبر الممتنع؛ لأنها لا تتبعها قسمة في ذلك، فإن قسمها نصفين لم يجبر رب الثلث والسدس(٥)؛ لأنه يتبع نصيبهما قسمة فيما بينهما،

ضرورة، فيجبر الممتنع. قال الفقيه علي: إذا كانت الدراهم من التركة فقط، وهو الظاهر؛ إذ هو بيع، وهو لا يجبر على بيع ملكه. وقال الفقيه حسن: ولو من غير التركة[١]. (شرح فتح).
وكلام الأزهار والأثمار محتمل للقولين، بل هو أقرب إلى قول الفقيه علي. (وابل).

(*) في ذكر المهاياة إيهام غير المقصود[٢]، فلو قال مكان المهاياة: «إلا لضرورة» لكان أوضح. (تكميل) (قرز).

(١) لعل ذلك كالثوبين والحيوانين، وأما إذا كان حيواناً واحداً فقسمته بالمهاياة.

(٢) إلا في صورة واحدة، وذلك نحو أن يموت رجل عن ولدين، ولم يقتسما المال أو نحو ذلك، ثم يموت أحد الولدين ويخلف ولدين أو أكثر - فإن المال يقسم نصفين، ثم كل فريق يقسم حصته على وجه لا يتبع قسمتهم قسمة [إذ هي مناسخة]. (عامر).

(*) في القيمي، لا في المثلي. فتجوز ولو تبعتها قسمة. (هبل) (قرز). ولو مع الإجبار. (قرز).

(*) قال في البيان: نحو أن يكون الشركاء ثلاثة، وأنصباؤهم نصف وثلث وسدس، فيقتسمونه أسداساً، لا أثلاثاً ولا نصفين، إلا أن يرضا اللذان جمع نصيبهما بذلك جاز، فلو كانت أرض لواحد نصفها ولعشرة نصفها فالواجب أنها تقسم على عشرين جزءاً.

(٣) يعني: نحو أن يكونوا ثلاثة شركاء وأنصباؤهم نصف وثلث وسدس، فيقتسمون أسداساً: للأول ثلاثة أسداس، وللثاني سدسان، وللثالث سدس.

(٤) المقصود أن تكون القسمة على أقل الأنصباء. (صعيتري بلفظه). (قرز).

(٥) ولا صاحب النصف أيضاً؛ لأن له في ذلك حقاً بأن يأتي نصيبه أوسط، وكذا ليتعجل [بتعجيل (نخ)] نصيبه، وهو ظاهر الإطلاق من المختصرات وغيرها. (شرح فتح).

---

[١] حيث لم يمكن ما يوفي منها. (قرز).

[٢] وهو أن ذلك في قسمة المهاياة، فيوفى من غير الجنس مع حصول المهاياة، وليس كذلك، بل المراد فيما تدخله المهاياة مع أنه لم يقسم مهاياة. (وابل).

وكذلك ما أشبه ذلك **(إلا)** أن تقع **(بالمراضاة)** بذلك جاز **(فيهما**[١]**)** أي: في توفية النصيب من غير الجنس وفي قسمة تتبعها قسمة، فإن ذلك يصح مع التراضي[٢].

(١) صوابه: فيها؛ ليعود إلى أول الباب، وهو الأولى. (قرر).

(٢) ولهم الرجوع قبل نفوذ القسمة.اهـ ولفظ حاشية: ولهم الرجوع قبل الانبرام، والانبرام تعيين الحاكم أو السهم. (قرر).

(فصل): [فيما يتفق فيه البيع والقسمة وما يختلفان فيه]

(وهي في المختلف(١) **كالبيع**(٢)**)** فتوافقه **(في)** أربعة أشياء وتخالفه في سبعة(٣)، أما الأربعة التي توافقه فيها فالأول: أن لكل واحد من المقتسمين **(الرد)** لنصيبه **(بالخيارت**(٤)**)** خيار الرؤية(٥) والشرط(٦) والعيب.

(و)الثاني: أن لكل واحد منهم إذا استُحِقّ نصيبه **(الرجوع)** على شركائه

---

(١) **فرع:** فلو قسم ماله بين ورثته على سبيل التعيين والقسمة لنصيب كل وارث منهم قدر حقه فإنه يصح إذا قبلوا ذلك. (بيان). والقبول الرضا، والقبول منهم كالإجازة، فيكون لهم الرجوع في الحياة فقط. (مفتي) (قرير). فإن قبل بعضهم ورد بعضهم بطلت الوصية بالتعيين، فيقتسمون.

(*) **مسألة:** وإذا قسم ماء البئر أو العين أو الماجل فعلى قولنا: «إنه حق» لا تصح قسمته، وقد نص في التذكرة على قسمة المساقي مع أنها من الحقوق، ثم إن القسمة ليست كالبيع من كل وجه. (قرير). وكذا يلزم قسمة الوقف. (قرير).

(٢) **مسألة:** وإذا قسم ماء البئر أو العين أو الماجل فعلى قولنا: «إنه حق» لا تصح قسمته وحده، كما لا يصح[1] بيعه، إلا أن يقسم موضع الماء ويدخل فيه تبعاً. وعلى القول بأنه ملك تصح قسمته، لكن إن قلنا: «إنه قيمي» صحت مطلقاً، وإن قلنا: «إنه مثلي» فعلى القول بأنها إفراز تصح أيضاً، وعلى قولنا: إنها بيع لا تصح إلا مع العلم بالاستواء، ولعله حيث يكال. (بيان). بل تصح مطلقاً؛ لأنهم لم يقصدوا المفاضلة.

(٣) بل في ١٣.

(٤) والإقالة، يعني: أنها فسخ، لا أنها تتبعها أحكام الإقالة.

(٥) وخيار تعذر التسليم وفقد الصفة ونحو ذلك. (وابل) (قرير).

(*) شكل عليه، ووجهه: أنه يؤدي إلى التسلسل، كالمهر غير المعين.

(٦) وكذا سائر الخيارات. (قرير).

---

[1] يشكل هذا التعليل بقسمة الوقف، فإنه يمتنع بيعه مع صحة قسمته، وقد نص في التذكرة على قسمة المساقي مع أنها من الحقوق، وهذا التنظير ظاهر في ذلك، وكذلك المهايأة في الآبار على قدر المساحة في الأرض، ثم إن القسمة ليست كالبيع من كل وجه، بل في وجوه مخصوصة. (قرير).

(بالمستحق[(١)]) بمعنى أنه يصير شريكاً لهم فيها تحت أيديهم بقدر[(٢)] حصته.

(و)الثالث: **(لحوق الإجازة[(٣)])** فتصح موقوفة كالبيع.

(و)الرابع: **(تحريم مقتضي الربا[(٤)])** فلو اقتسما فضة جيدة ورديئة لم يجز تفضيل الرديئة، بل تقسم على السواء وإلا كان ربا.

---

(١) ولو بالشفعة. (قرير).

(*) بالبينة والحكم[١]، لا بإقراره أو نكوله أو رده اليمين، كما تقدم في البيع. (قرير).

(*) قال الفقيه يوسف[٢]: ومن أحكامها أنه لا يرجع بما غرم على شركائه عند الاستحقاق[٣]، وكذا ذكره في تعليق الزيادات على أصل الهدوية بعد أن أورده سؤالاً وأجاب عنه. بخلاف المشتري فيرجع على البائع، والوجه أنه لم يجبر لو امتنع، بخلاف المقاسم فإنه لو امتنع أجبر.اهـ وقيل: بل يرجع إن كانت القسمة بالتراضي[٤] كما في الشفعة. (قرير). الذي تقدم في شرح قوله: أو التسليم والقبول باللفظ فهو كالمبيع إلى آخره.

(٢) يعني: أنه يكون شريكاً بالقيمة فيما تحت أيديهم بقدر حصته. (قرير).

(٣) في القسمة الصحيحة.

(*) ويخير لغبن فاحش جهله قبلها.

(*) ولحقت الإجازة ما ليس بعقد، وقيل: يشبه العقد في الحصة التي صارت من نصيب شريكه.

(*) بقول، أو فعل يفيد التقرير، ويخير لغبن فاحش جهله قبلها. (قرير).

(٤) حيث قصدوا التفاضل، وأما لو لم يقصدوا التفاضل صحت جزافاً.اهـ وقيل: يحرم وإن لم يقصدوا.

(*) وهل يدخل في قوله: «وتحريم مقتضي الربا» اعتبار التقابض في المجلس في الجنسين كذهب وفضة، ونحو البر والشعير؟ ينظر. (حاشية سحولي). قيل: لا يشترط. (نجري). الذي في المعيار للنجري: أنه لا يشترط التقابض قبل التفرق. (قرير).

---

[١] أو بإذن الشركاء، أو علم الحاكم. (قرير).

[٢] مع عدم التراضي.

[٣] حيث كانت القسمة بالحكم. (قرير).

[٤] إلا إذا ضمن الشريك لشريكه ضمان الدرك ضمن. (قرير).

=

(*) قوله في الأزهار: «ولا بين العبد وربه» يؤخذ من هذا أن المعاطاة يدخلها الربا، ويؤخذ أيضاً مما تقدم في الزكاة في قولهم: «ويجوز إخراج الجيد عن الرديء ما لم يقتض الربا»، ومن قولهم هنا في القسمة: «وتحريم مقتضي الربا»، ومن «غالباً» في الرهن المحترز عنها من مسألة الإكليل، ومن قولهم في الرهن أيضاً: «ويساقط الدين إلا لمانع»، ومن مسألة القماقم المشهورة المتقدم ذكرها في خيار العيب؛ حيث تدخل الحلية قهراً في ملك صاحب القمقم، ويأخذها بقيمتها مصنوعة ما لم يقتض الربا، وإنما حرم مقتضي الربا في هذه الصور وإن لم يكن بيعاً لئلا يؤدي إلى حل ما منع الله الربا لأجله، وهي الزيادة التي حرم الله الربا لأجلها؛ دفعاً للمفسدة المؤدية إلى التهور في أكل أموال الناس بالباطل. فإن قال القائل: لا معنى للأخذ من هذه الصور؛ لأن المعاطاة لا تملك، بخلاف هذه الصور فإنها مملكة فأشبهت البيع - يقال: لا نسلم ذلك؛ لأنا قد قلنا: ولا بين العبد المأذون وسيده، مع أن ذلك ليس يقتضي التمليك، إنما هو استفداء لملكه بملكه؛ لذا جعل الخيار للسيد في تسليم رقبة العبد وما في يده، فإذا كان ذلك محرماً في المعاطاة في ملكه فبالأولى والأحرى في المعاطاة التي من غيره، مع أنه لو قيل بصحة الاعتداد بخلاف الدواري والشامي لقبلها فائدة الخلاف في دخول الربا المعاطاة أو عدم الدخول؛ لأن من قال: «إنها مملكة» لم يقل بجواز طيب الزيادة لآخذها، بل ليس له إلا رأس ماله لا يظلم ولا يظلم، ومن قال: «إنها لا تفيد التمليك» لم يقل أيضاً: إنها تطيب الزيادة؛ لأن اللازم عنده في المعاطاة قيمة القيمي ومثل المثلي، فالزيادة لا تطيب للآخذ إجماعاً، بل هي باقية للدافع، ولعل فائدة الخلاف في الإثم وعدمه، وفي جواز التصرف بالمأخوذ وإن كان مضموناً عليها، فمن قال «لا يدخلها الربا» يقول: لا يأثم بقصده؛ لأنه غير مؤثر حيث لم يكن اللازم إلا القيمة، ويجوز له التصرف؛ لأنه مأذون له به، وليس منهياً عنه شرعاً، لكن هذا مسلم لو فرض اجتهاد الدواري والشامي رحمهما الله تعالى، وكان ذلك نصاً لهما، لكن اجتهادهما ليس بمسلّم، وليس نصاً لهما، بل تخريج لا حكم له مع التخريج المذكور من المواضع المذكورة آنفاً، والتخريج من تلك المواضع أقوى؛ لأن التخريج المأخوذ من نصوص كثيرة أقوى من التخريج من نص واحد، وإذا تعارض التخريجان رجح الأقوى منهما، هذا ما ظهر والله أعلم. قال في الأم: من إملاء سيدنا وشيخنا العلامة فخر الإسلام والدين عبدالله بن الحسين دلامة رحمه الله. حرر في شهر الحجة الحرام سنة (١٢٧٥).

وأما السبعة التي تفارق البيع فيها فالأول: أنه يجبر الممتنع عن القسمة.

الثاني: أن الشفعة تثبت في البيع(١) لا في القسمة(٢).

الثالث: أنه يتولى طرفي القسمة واحد.

الرابع: أنها لا تحتاج إلى لفظين(٣)، بل يملك كل واحد نصيبه بالتراضي أو السهم(٤) أو تعيين الحاكم(٥).

الخامس: أن الحقوق في القسمة تعلق بالموكل.

---

(١) قال في البحر ما لفظه: وإذا تمالك المقتسمان قبل القرعة كان بيعاً[١]، فتصح الشفعة، وأما بعد القرعة فلغو[٢].اهـ ومثله في الغيث والأثمار، لكن لا شفعة لغير المتقاسمين للخلطة إلا لخليط، والشراء تشفع على ما مر، ولعل الوجه أنه حالة الشراء وهو شفيع.

(٢) إجماعاً. (بحر).

(٣) ولا يعتبر فيها عقد إجماعاً. (بحر).

(٤) إذا تراضوا به. (بيان بلفظه). وإلا فهو غير واجب عندنا وأبي حنيفة. وقال الشافعي: بل يجب. وقال الإمام يحيى: إنه لا يوجب الملك، وإنما وضع لتطييب النفوس. (كواكب لفظاً).

(٥) أو مأموره بالقسمة. (بيان) (قرير).

(*) وإذا تقاسما قسمة فاسدة وقد عمر أحدهما أو غرس كان للحاكم أن يعين حصته فيما قد عمره أو غرسه، وكذا إذا كان لأحدهما ملك عنده فللحاكم تعيين حصته إلى حيث ملكه. (ذويد). وقواه عامر. (قرير). وقد عرض على مولانا المنصور بالله القاسم بن محمد عليه السلام فأقره، وقرره الشامي وسيدنا سعيد الهبل. [ومثل ذلك في المسائل المرتضاة لإمامنا المتوكل على الله إسماعيل عليه السلام. وهذا إذا كان للضرورة أو الصلاح.

(*) ولو كرها، وتعيين الحاكم للضرورة أو الصلاح، كأن يعين لأحدهم ما قد عمر أو غرس فيه، أو ما اتصل بملكه الأصلي، ذكره بعض[٣] أهل المذهب، وقواه القاسم بن محمد وولده المتوكل.اهـ وهذا إذا لم تختلف الأغراض من غير نظر إلى عمله هذا. (عامر) (قرير).

---

[١] وقيل: ولو تمالكا على الأصح. (سماع) (قرير).

[٢] أي: التمليك.

[٣] أحمد بن يحيى حابس.

السادس: أن الحقوق لا تدخل في القسمة تبعاً(١).

السابع: أنه لا يحنث إن حلف لا باع فقاسم(٢).

(و)هي **(في المستوي**(٣) **إفراز)** هذا مذهبنا، وهو تخريج أبي العباس وأبي طالب، ومثله عن أبي حنيفة، فلا توافق البيع في الأحكام الأربعة المتقدمة(٤).

---

(١) كالماء والمساقي، بل تبقى مشتركة، إلا أن تجري العادة بدخولها كالطريق. (بيان) (قرر).

(*) إلا لعرف أو ذكر. (قرر).

(٢) إلا لعرف. (قرر).

(*) والشروط الفاسدة[١] لا تفسدها، وأنها تصح في الوقف، وتصح في الثمار قبل بدو صلاحها بالتراضي ولا تحتاج إلى لفظين خلاف الحقيني، بل يملك كل نصيبه بأحد أمور إما بتراضيهم الكل أو بالسهم إذا تراضوا به أو تعيين الحاكم. (بيان). وأنه يصح التفريق بين ذوي الأرحام المحارم فيها، وتصح في المجهول مع التراضي، ويصح البيع قبل القبض من المقتسمين[٢]، وأنها لا تحتاج إلى استبراء[٣] ولا تجب الإضافة. و(قرر).

(٣) في المكيل والموزون فقط. (تذكرة) (قرر).

(*) جنساً ونوعاً وصفة. (قرر).

(٤) إلا في الرجوع بالمستحق[٤]، ذكره في التقرير.

---

[١] وفي البيان: أنها كالبيع في فسادها بالشروط الفاسدة، وعدم صحتها في المجهول.اهـ لعل كلام البيان والكواكب[٠] مبني على كلام المؤيد بالله في أنها بيع في الكل، وأما على قول أبي طالب وأبي العباس -وهو الذي في الأزهار-: إنها بيع في المختلف فتوافقه في الأربعة وتخالفه فيما عداها، فتصح في المجهول مع التراضي، ومع الشروط. (سماع سيدنا حسن الشبيبي رحمه الله).

[٠] الذي في البيان والكواكب أن الشروط الفاسدة لا تفسدها. ولعل المحشي أراد قول صاحب البيان: وعدم صحتها في المجهول وعدم صحتها معلقة بشرط. ومعناه في الكواكب.

[٢] وأنه لا يشترط القبض، بل لو تلفت قبل القبض تلف من مال نفسه. (قرر).

[٣] أي: للقسمة، وأما من صارت الأمة حصة له استبرأها للوطء أو نحوه من يوم ملكها بالقسمة. (حاشية سحولي من باب الاستبراء) (قرر).

[٤] أو عند تعذر التسليم، فلا فرق فيما هو كالبيع أو غيره.

وقال المؤيد بالله: بل هي بمعنى البيع في المختلف والمستوي. ومثله عن الشافعي.

وقال الهادي عليه السلام والقاسم: إنها إفراز[1] في الكل.

قال في حواشي الإفادة: أما ما لا يقسم بعضه[2] في بعض[3] فقسمته بمعنى البيع إجماعاً.

فمن جعلها إفرازاً أجاز للشريك أخذ نصيبه في غير محضر شريكه[4].

قال أبو مضر: غير مشروط بأن يصل الشريك إلى نصيبه.

وقال الفقيه محمد بن سليمان: بل مشروط.

ولا تحتاج قرعة. قال الفقيه حسن: إلا في الأرض[5] فتحتاج إلى القرعة اتفاقاً.

وتجوز جزافاً[6]، والمكيل موزوناً، وعكسه، ووقفه[7]، وقسمة وقفه، والتفاضل[8] في الجنس، ....

(١) خرج لهما من وقف المشاع. (سماع).

(٢) كدار وثوب.

(٣) أي: وبعض الورثة.

(٤) أما الأرض فلا بد من الحضور. (قرير).

(*) وغير إذنه.

(٥) لأن الأغراض تختلف وتتفاوت. (قرير).

(٦) مع التراضي. (قرير).

(٧) وعلى القول بأنها بيع لا يجوز. قلنا: هذا على قول أبي طالب، وأما على المختار فإنه يصح الوقف مطلقاً ولو مشاعاً كما سيأتي.

(*) يعني: يجوز لأحدهم وقف حصته مشاعاً. (بيان معنى).

(*) يعني: يصح وقف المشاع في الأرض المستوية الأجزاء على قول أبي طالب وأبي العباس: إن قسمتها إفراز، وكذا في المختلف على قول القاسم ويحيى؛ لأن قسمته لا تؤدي إلى بيع الوقف، وهو معنى قوله: «وقسمة وقفه». (صعيتري).

(٨) ولو قصدوا المفاضلة. وقيل: ما لم يقصدوا. (قرير).

=

وترك التقابض فيه(١). وعلى قول المؤيد بالله عكس ذلك.

(*) مع التراضي.

(*) حيث لم يقصدوا المفاضلة لأجل الجودةِ في أحد المستويين والضعفِ في الآخر، وإن كان كذلك لم تصح؛ لأنها ربا. (قرير).

(١) أي: في المستوي.

(*) وكذا في المختلف على ظاهر الكتاب. (قرير).

(فصل): في وجوب القسمة[١] وكيفيتها

(و)اعلم أن القسمة إذا كانت تدخل الضرر على المقتسمين **(لا يجابون)** إليها **(إن عم ضرها)** جميع المقتسمين فيما اقتسموه، نحو أن يكون المقسوم بيتاً صغيراً لا ينتفع واحد منهم بنصيبه فإن الحاكم لا يقسمه بينهم[٢] إذا طلبوا ذلك[٣]، فإن تراضوا[٤] على إدخال الضرر على أنفسهم لم يمنعوا منه.

فلو كره بعضهم بعد ذلك[٥] وأراد النقض فقال بعض المذاكرين: له ذلك؛ لأن الحق يتجدد[٦] **(و)**الصحيح أنه **(لا)** يثبت **(رجوع)** لأحدهم[٧] **(إن فعلوا)** ذلك طائعين، أشار إليه في الشرح[٨].

(فإن عم نفعها[٩]) جميع المقتسمين[١٠] **(أو)** انتفع البعض ....

---

(١) إذا طلبها أحدهم.

(٢) بغير المهاياة كما يأتي.

(٣) كما لا يجاب الإنسان إلى إتلاف ماله. (بحر، وتذكرة).

(*) أي: أحدهم؛ ليستقيم الكلام الآخر: فإن تراضوا. (قرير).

(٤) جميعهم.

(٥) يعني: بعد القسمة.

(٦) كما لو وهبت الزوجة نوبتها فلها الرجوع. قلنا: كالشفيع إذا أبطل شفعته.

(٧) فإن رجعوا جميعاً صح؛ إذ تصح الإقالة فيها كالبيع.

(٨) كالشفعة إذا أبطلها أحدهم لم يكن له الرجوع. (بحر) (قرير).

(٩) أيّ نفع كان، ولو كان في غير الوجه المقصود. وقيل: في الوجه المقصود.

(١٠) قال الفقيه علي: فيما كان ينتفع به قبل القسمة في المقسوم، ورواه القاضي عبدالله الدواري للمذهب[١]، وقال: بل الصحيح إذا نفع في أي منفعة. وقواه الهاجري. (ذويد).........=

---

[١] لفظ الدواري في الديباج: وقد ذكروا في معنى ذلك أن الضارة أن يأتي نصيب الواحد من الدار ما لا يمكن معه أن يكون داراً بمرافقها وإن كانت أصغر من المقسوم، وكذلك أن لا يأتي نصيبه من الأرض ما يمكن انتفاعه به لما كانت الأرض ينتفع بها فيه من زرع أو غرس، وكذلك الحانوت والثوب وغير ذلك، قالوا: وإذا كانت كذلك ضارة لم يجب إليها من طلبها وإن كان ينتفع بنصيبه من المقسوم في أمر آخر غير ما كان ينتفع بالمقسوم فيه. وفيما ذكروه نظر.

=

وتضرر البعض و**(طلبها المنتفع**(١) **أجيبوا**(٢)**)** إلى ذلك، فإن طلبها الذي تضره لم يجب إلى ذلك(٣).

(ويكفي قَسَّام(٤)**)** في إفراز الأنصباء **(وعدلان**(٥)**)** ....

= ولقائل أن يقول: لا وجه لما ذكره، بل الأولى تبقية كلام المتقدمين من أهل المذهب على ظاهره، وإلا لزم وجوب القسمة فيما قد نصوا على امتناع قسمته، كالحمام والسيف والثوب الرفيع وغير ذلك؛ إذ ما من شيء منها إلا وهو يمكن الانتفاع بكل جزء منه نوعاً من الانتفاع، وذلك ما لا يقول به أحد؛ لما فيه من الإضرار بالشركاء. (بهران).

(١) ولو بضمها إلى ملكه.اهـ وقد مر خلافه للفقيه يحيى البحيبح. (قرير). في قوله: «غالباً» الذي في فصل: ولا يجبر الممتنع عن إحداث حائط.

(٢) ويجبر الحاكم من امتنع، ولو كان الممتنع ولي صغير أو وكيل غائب. (قرير).

(*) ولو ضر بالآخر كاستيفاء الدين[١]. وهو صريح الشرح في قوله: «وتضرر البعض».

(*) لأنه لا حق لمن تضره. (معيار). وفي المقنع عن زيدية الكوفة عكس ذلك، وهو إذا طلبها غير المنتفع أجيبوا، وهذا هو الموافق للأصول؛ لأنه لا يجوز التوصل إلى النفع بنفس الضرر للغير. (شرح فتح معنى).

(٣) لأنه طلب ما هو سفه وتبذير، خلاف أبي حنيفة. (بيان). فقال: بل يجاب، ويجبر الممتنع.

(٤) ويقبل قوله في التعيين[٢] حال القسمة كالحاكم[٣]، لا بعدها، كقول الحاكم بعد عزله. (بحر).

(*) عـدل. [ولو امرأة أو عبداً] عارف؛ لأن القسمة مبناها على التعديل وإزالة الحيف عن الشركاء، فلذلك اعتبرت العدالة. (قرير).

(*) **فرع:** وإذا تراضيا بقسام وجعلنا قسمته لازمة كالحاكم فشرطه العدالة، وإن قلنا: غير لازمة فشرطها التراضي[٤]. (بحر لفظاً).

(٥) ويكفي أن يكون القسام أحد العدلين. (قرير).

---

[١] عبارة البحر: كاستقضاء الدين من المديون وإن تضرر.

[٢] يعني: من نصف أو ثلث أو نحو ذلك.

[*] فإذا قال القسام حال القسمة: قسمت وعدلت السهام وخرج لفلان كذا قبل قوله؛ لأنه يملك القسمة فكان قوله مقبولاً. (شرح بحر).

[٣] إذا قال في حال ولايته: حكمت لفلان بكذا قبل قوله.

[٤] عليها بعد وقوعها، ويصح هنا صدورها من الفاسق والجاهل بحال القسمة. (شرح بحر).

=

في التقويم(١)، ذكره في الحفيظ.

وقال في الانتصار: إن قسم الحاكم كفى(٢)، وإن قسم غيره وكان المقسوم لا يفتقر إلى التقويم(٣) كفى واحد بالإجماع، وإن كان يفتقر إلى التقويم فقال الشافعي: لا بد من العدد(٤). قال مولانا عليه السلام: وهو المذهب.

(والأجرة على) قدر **(الحصص(٥))** لا على عدد الرؤوس، ذكره أبو العباس على أصل يحيى، وهو قول أبي يوسف ومحمد والشافعي، واختاره في الانتصار.

(*) وذلك لأن التقويم أينما وجب لا يثبت إلا بشهادة عدلين بصيرين. (كواكب). فإن اختلفا عمل بالأقل. اهـ حيث لم يوجد غيرهما، فإن وجد كمل. (قرير).

(١) ويجب أن يكون التقويم قبل التعديل. (قرير).

(٢) حيث كان فيهم صغير أو غائب.

(٣) فيما قسمته إفراز.

(٤) والصفة. (قرير).

(٥) قياساً على الراعي، ونفقة الشيء المشترك. ولأنا لو جعلناها على عدد الرؤوس لم يؤمن أن نستغرق نصيب صاحب الأقل أجرة. (صعيتري). وقياساً أيضاً على المكيل.

(*) وأجرة القسام الذي يبعثه الإمام أو الحاكم عند تشاجرهم[١] من بيت المال[٢] إن كان، وإلا فمنهم على قدر الحصص عند أبي العباس، كنفقة المشترك وأجرة الراعي. (تذكرة).

(*) **مسألة:** وأجرة القسام حلال إذا كانت إجارته صحيحة، أو فاسدة وكانت قدر أجرة مثله على ما عمل، وأما الزائد فلا يحل له إلا إذا طابت به نفوسهم مع علمهم[٣] بأن الزيادة غير واجبة عليهم. (بيان بلفظه).

---

[١] يعني: في القسمة، فطلبها بعضهم وامتنع البعض، أو كان فيهم غائب أو صغير، فينصب الحاكم قسامه يقسم بينهم. وكذا إذا تشاجروا في القسام أيضاً، قال الفقيه علي: إلا أن يعرف الحاكم أن تشاجرهم حيلة في سقوط الأجرة عنهم كان مخيراً بين تركهم وبين أن ينصب بينهم قساماً ويجعل أجرته عليهم. (كواكب) (قرير).

[٢]ومثل معناه في البيان. قال في هامشه: وفي الأزهار: «وأجرة القسام على الحصص».

[٣] ولم يكن فيهم صغير.

وقال أبو طالب وأبو حنيفة: تكون الأجرة على عدد الرؤوس(١).

وهذا الخلاف إنما هو في الممسوحات، فأما المكيل والموزون ونحوهما(٢) فعلى قدر الأنصباء اتفاقاً.

(ويهايأ ما تضره(٣) القسمة) وذلك نحو الحيوان الواحد، والسيف، والفص، والحانوت الصغير، والحمام، فإن هذه الأشياء ونحوها تقسم بالمهايأة كما تراضوا عليه(٤)، فإن تشاجروا عملوا برأي(٥) الحاكم، ويعمل الحاكم على حسب ما يراه، فالثوب(٦) ....

(١) وقواه الفقيه يحيى البحيبح والفقيه علي.اهـ حجتهم: أن صاحب السهم الدقيق هو الذي يحتاج إلى التدقيق[١].

(٢) المذروع والمعدود.

(٣) وإذا كانا يتهايئان شيئاً وحمله أحدهما إلى بلد بعيدة وانتفع به، فلحقت صاحبه المضرة من ذلك لبعده هل له ذلك أم لا؟ وإذا كان له ذلك فهل عليه تفريغ الرقبة، ثم إن جاء صاحبها دفعها إليه، وإن لم يأت فلا شيء؟. (ديباج)[٢]. قلت: هو كالعين المستأجرة يجب ردها إلى موضع الابتداء؛ لئلا يؤدي إلى التمانع؛ إذ هو مستأجر حصة شريكه. (قررو).

(٤) وهي واجبة عندنا، وتسمى قسمة المنافع. وقال الشافعي: لا تجوز إلا بالمراضاة؛ لأنها تصير الحال مؤجلاً. والقرعة مشروعة في القسمة إجماعاً، وفي غيرها الخلاف[٣].

(٥) وذلك يختلف باختلاف الأوقات، فيتحرى الحاكم ما يكون أعدل بين الشريكين. والله أعلم.

(٦) **مسألة:** وإذا انتفع أحد الشريكين فيما تهايئاه ثم تلفت عينه قبل استيفاء الآخر فله قيمة حصته من المنفعة التي استهلكها شريكه، لا مثل تلك المنفعة؛ إذ ليس بمثلي. (بحر بلفظه) (قررو).

---

[١] لفظ البستان والغيث: لأن نصيب صاحب الأقل هو الذي ألجأ إلى التدقيق.

[٢] لفظ الديباج: إذا تهايئا ثم إن الأول منهما انتفع بذلك الشيء وحمله في مدته إلى بلدة بعيدة بحيث تلحق صاحبه المضرة من ذلك البعد هل له ذلك أم لا؟ وإذا كان له ذلك فعليه بعد مدته تفريغ تلك الرقبة ثم إن جاء صاحبها دفعها إليه، وإن لم يأت فلا شيء عليه.

[٣] بيننا وبين الشافعي كما مر في النكاح، وكما يأتي في الإقرار. (مرغم).

=

يوماً(١) فيوماً، والثور إلى ثلاثة أيام(٢)، وكذا الدابة(٣) والحانوت(٤) ....

(*) ويعمل بنظره في الاستعمال، كأن يكون استعمال أحدهما أعظم من استعمال الثاني، فيجعل على حسب الأجرة، فلو كان أحدهما عصاراً والآخر عطاراً، وكانت أجرة الثوب مع العصار في اليوم ثلاثة دراهم، ومع العطار كل يوم درهم - فيجعل للعطار ثلاثاً، وللعصار يوماً. (هامش أثمار). وكذا يقاس في ركوب الدابة إذا كان أحدهما أثقل من الآخر، وكذا إذا كان أحدهما يحرث بالدابة في أرض رخوة والآخر صلبة، فإن المهاياة تكون بينهما على قدر الأجرة[١].

(١) ولا يصح قسمة الحيوان للبن والشجر للثمر بالمهايأة. (روضة). بل تصح على المختار، وقد تقدم مثل ذلك في قوله: «وإذا شرط على الشريك الحفظ». (شامي).

(٢) إلا في أيام الصيف فيوماً بيوم أو نحو ذلك. (برهان).

(٣) وإذا اضطر أحد الشريكين إلى بيع نصيبه لم يجبر أحد الشركاء أن يأخذه حيث لم ينفق على انفراده. (قرير).

(٤) في غير أيام الموسم والنفاق، فإن كان كذلك فيوم بيوم.

---

[١] ولفظ البيان: **مسألة:** وإذا كان الثوب بين شخصين يختلف لباسهما، نحو عطار وعصار، وأرادا المهايأة في لباسه - فقال الفقيه يوسف: إنها تكون على قدر أجرة لباسهما، فإذا كان لباس العصار في اليوم بدرهم، ولباس العطار في اليومين بدرهم - كان للعصار يوم وللعطار يومان. وهكذا -والله أعلم- لو كانت دابة بين اثنين يتهايئانها للركوب، وأحدهما أثقل من الثاني وكانت الأجرة تختلف بذلك. وكذا في الثور إذا كان بين اثنين يتناوبانه للحرث، وكان أحدهما يحرث به في أرض له صلبة، والثاني يحرث به في أرض له سهلة، فإنها تكون المهايأة بينهما على قدر الأجرة. بخلاف ما إذا كانا يتهايئانه للحرث أو الدابة للرحل، وأحدهما أكثر حرثاً ورحيلاً[٠] فيحرث ويرحل في نوبته كلها، والثاني أقل حرثاً ورحلاً فيستعمل في بعض نوبته ويترك في بعضها، أو يترك في كلها - فلا شيء له على الثاني؛ لأنه قد تمكن من الاستيفاء في نوبته. (بيان بلفظه) (قرير). وكذا لو كان يلبسه أحدهما جديداً أو غسيلاً، أو في يوم موقع اللباس فيه أعظم كيوم عيد أو جمعة أو سوق أو نحو ذلك - فلعله يقدر[٠٠] في هذه الأحوال قسمة ذلك كالتقدير في هذه الأيام والاستعمال، فقد تكون أياماً في مقابلة يوم.

[٠] يعني: تحميلاً. (هامش بيان).

[٠٠] في هامش البيان: فلعل الحاكم يقدر قسمة ذلك بتقدير أجرة المثل في هذه الأيام والاستعمال، ثم قد تكون أياماً في مقابلة يوم.اهـ ولفظ الديباج: والحكم في هذه الأحوال أن الحاكم يقدر قسمة ذلك بتقدير الأجرة في هذه الأيام والاستعمال، وقد يكون أياماً في مقابلة يوم.

التي تعطل بالليل، وإلا فشهراً بشهر، وفي الدار تقسم بالسنة(١). ويكون البادئ من عيّن له الحاكم، أو من خرجت قرعته، أو بالتراضي.

وما كسب(٢) العبد(٣) في نوبة أحدهما، أو اتهب(٤)، أو أخذ ركازاً(٥)، أو أرش جناية(٦) منه أو عليه - يشتركان في ذلك، ....

---

(١) نصفين أو أثلاثاً.

(٢) كسباً غير معتاد، وأما المعتاد فلمن هو في نوبته. (قرير).

(٣) الزائد على المعتاد بإحياء أو صيد. (برهان).

(٤) جعل الهبة وما أخذه من الركاز ليس من الكسب، وجعلهما في الرهن من الكسب في قوله: «لا كسبه»، فينظر[١] في ذلك.اهـ لعله يقال: المعمول عليه ما ذكره في الرهن، ولم يدخل هنا؛ لأنه كسب غير معتاد فلم تتناوله القسمة، ويكون ما ذكره في الشرح عطفاً تفسيرياً، والله أعلم، وإن كان ظاهر عباراتهم في غير هذين الموضعين يقتضي بأن الهبة غير الكسب. (صعيتري).

(٥) **فائدة**: إذا جنى الحيوان المشترك هل يكون على قدر الحصص؛ لأن حفظه يجب كذلك، أو على عددهم؟ قال الفقيه يوسف: يكون على سواء[٢]؛ وهذا [لأنها (نخ)] إنما تلزم إذا فرطوا في حفظه، فيكونون مفرطين الكل على سواء[٣]. وهذا في غير العبد المشترك، فأما العبد المشترك إذا جنى فإن جنايته تعلق برقبته، فإذا التزموا أرشها كان الضمان على قدر حصصهم فيه. (من حاشية على الزهور، مما علق عن الفقيه يوسف).

(*) لكن لا تحسب مدة اشتغاله بالركاز من النوبة. (بحر) (قرير). قيل: ذلك مع التراضي؛ لأن المنافع قيمية فلا تضمن إلا بقيمتها.

(٦) ويكون على صاحب النوبة في الدابة. (حاشية سحولي).

(*) وأما جناية الدابة فعلى متولي الحفظ، حيث هي عقور.

(*) وأما أرش جناية الدابة ونحوها فأرشه على صاحب النوبة؛ لأنه يلزمه حفظها، فإن فرط ضمن، كالمستعير والوديع. (نجري) (قرير).

---

[١] ذكر في الغيث في التنبيه الثالث أن هذا ليس من الكسب المعتاد، فيبقى إطلاق الشرح على ظاهره، فتأمل فهو الذي في الحاشية.

[٢] وسيأتي مثله في الجنايات في قوله: «وجناية المائل إلى غير المالك» إلى أن قال: «حسب حصته». (من حاشية في البيان).

[٣] وهذا قبل المهاياة، كما يأتي في الجنايات، وأما بعدها فعلى صاحب النوبة وحده. (قرير).

وكذا تجب عليهما[١] نفقته ولو هو في نوبة أحدهما، وأما أجرة الصناعة[٢] فلصاحب النوبة وحده[٣].

(ويحصص كل جنس في الأجناس[٤]) المختلفة، نحو أن تكون دوراً[٥] وأراضي وطعاماً ونحو ذلك، فإنه يحصص كل جنس بين المقتسمين على حصصهم.

(و)إذا كان المقسوم جنساً واحداً، نحو أن يكون دوراً فقط أو أرضاً فقط أو نحو ذلك فإنه يقسم **(بعض)** ذلك **(في بعض في الجنس[٦])** الواحد، ولا

---

(١) وفطرته.

(٢) المعتادة.

(٣) يعني: إذا كانت المناوبة لأجل الصناعة، لا إذا كانت المناوبة لأجل الخدمة فلهم الجميع، يعني: الصنعة. (قرير).

(٤) **مسألة:** وإذا طلب من له سهام متفرقة لا تنفعه منفردة أن تجمع له في موضع واحد أجبروا عليه؛ رعاية للأصلح، كقسمة الدار الواحدة. (بحر) (قرير).

(*) ينظر ما وجه قوله: «في الأجناس» مع لفظة «كل». (حاشية سحولي)[١]. وقد حذفها في الأثمار.

(*) عبارة الأثمار: ويقسم كل جنس بعضه ببعض حسب الضرورة أو الصلاح. قال في شرحه: فإذا كان المقسوم أجناساً مختلفة، كدور وأراض وغروس وحيوانات وغير ذلك، فإن كل ذلك يقسم بين الشركاء، ولا يقابل جنس بغيره، فلا يعطي أحدهم داراً والآخر أرضاً مثلاً، ثم إذا كان الجنس الواحد متعدداً كدور لم يلزم أن تقسم كل دار على انفرادها، بل يجعل لكل شخص دار، فإن لم تكن إلا دار واحدة قسمت بينهم إذا كانت تنقسم، وكل ذلك بالتقويم. (شرح أثمار بلفظه).

(٥) قال في الصعيتري: وإذا تفاوتت الأغراض فذلك كالأجناس، نحو أن تكون بعض الأراضي غروساً وبعضها زروعاً، أو بعضها غيلاً وبعضها سيلاً، وكذلك في القرب والبعد. (عامر) (قرير).

(٦) لفظ الأثمار: ويقسم كل جنس بعضه ببعض. وهو أولى.

---

[١] لفظ حاشية السحولي: وهو يقال: ما ثمرة زيادة لفظ: «في الأجناس».

يحصص كل شيء منه، فلو كان المقسوم داراً واحدة لم يقسم كل منزل فيها، بل يجعل كل منزل مقابلاً لمنزل بالتقويم **(وإن تعدد)** المقسوم[١]، وإنما يفعل ذلك **(للضرورة أو للصلاح)** فالضرورة نحو أن تكون المنازل صغاراً إذا قسم كل واحد منها لم ينتفع كل شخص[٢] بنصيبه، وأما الصلاح فنحو أن يكون نصيب كل واحد ينتفع به، لكن إذا قسم بعضه في بعض كان نصيب كل واحد منهم أنفع له، فإنه يقسم بعضه في بعض.

قال عليه السلام: وقولنا: «وإن تعدد» إشارة إلى الخلاف[٣]، فقال أبو العباس وأبو حنيفة والشافعي: لا يقسم بعضه في بعض، بل تقسم كل دار وحدها[٤]، وكل أرض وحدها.

وقال المؤيد بالله وأبو طالب، وهو ظاهر كلام الهادي عليه السلام في المنتخب، وأبو يوسف ومحمد: إنه يقسم بعضها في بعض للضرورة أو للصلاح، ويجبر الحاكم من امتنع.

فلو احتال أحد الشركاء على أن لا يقسم لشريكه بالجمع، بل يفرق عليه؛ بأن[٥] باع نصيبه في كل أرض من شخص[٦]- فللشريك أن يطلب جمع نصيبه[٧] ولو بطل البيع.

---

(١) أي: الجنس الواحد.

(٢) أو أحدهم. (قرير).

(٣) الخلاف هو عائد إلى الصلاح فقط، ذكره في شرح الدواري. (غيث). وأما الضرورة فيجبر الحاكم على ذلك اتفاقاً. (تكميل). ولفظ حاشية: وأما الضرورة فيوافقونا. (ذويد).

(٤) بين الجميع.

(٥) أو وقف أو نذر أو نحوهما، كهدية.

(٦) غير الأول، وإن كان الأول فهو قائم مقامه.

(٧) فيما يقسم بعضه في بعض. وظاهر المذهب عدم الفرق. (قرير). حيث باع نصيبه في كل جنس إلى أشخاص. (قرير).

(وإذا اختلفت الأنصباء في أرض[(١)]**)** مقتسمة **(أخرج الاسم**[(٢)] **على الجزء**[(٣)]**)** ولم يكن له أن يخرج[(٤)] الجزء[(٥)] على الاسم؛ لأنه يؤدي إلى

---

(١) الأولى: في غير منقول. و(قرر).

(٢) ومن حق الإخراج أن يبدأ من طرف؛ لئلا يؤدي إلى التفريق. (غيث). لأنه إذا خرج ذو النصف جعل له إلى ما يليه اثنان، ثم كذلك، ولا يجعل الأقسام في بنادق وتخرج على الرؤوس؛ لأنه قد يخرج الوسط لذي النصف فيقول: يوفى من شرقيه، ويقول الآخر: بل من غربيه مثلاً، وما أدى إلى الشجار بطل، وإنما كرر له ثلاث بنادق مع كون ذلك مستقيماً بواحدة لأنه يكون أسرع إلى خروج نصيبه؛ إذ بكثرة أسمائه يسرع خروجه، فعرفت أنها إذا اختلفت الأنصباء والأجزاء أو الأنصباء فقط أخرج الاسم على الجزء حتماً. (شرح فتح).

(٣) ويجعل في ذلك ست ورق، ذكره أبو العباس، فيكتب في ثلاث منها اسم صاحب النصف، وفي اثنتين اسم صاحب الثلث، وفي واحدة اسم صاحب السدس، ويجتهد في التباسها، ويبدأ من أحد الطرفين يضع عليه ورقة، فإن خرج فيها اسم صاحب النصف أضيف إليه الجزء الثاني والثالث، وإن خرج فيها اسم صاحب الثلث أضيف إليه الجزء الثاني، وإن خرج فيها اسم صاحب السدس كان له[١]، وتلغى بقية الرقاع. (بيان). وإنما جعل لصاحب النصف ثلاث ورق مسارعة وتعجيلاً لحقه، ولأن له حقاً بأن يأتي نصيبه وسطاً، وصاحب الثلث كذلك.

(٤) وهو أن يكتب في الورقة أسماء الأجزاء، ويسلم لصاحب النصف ثلاث ورق ونحو ذلك.

(*) وصورته[٢]: أن يعطي صاحب النصف ثلاث ورق، وصاحب الثلث ورقتين، وصاحب السدس ورقة ونحو ذلك، وهو مكتوب في الورق الجزء الأول، الجزء الثاني..إلخ. (سماع).

(٥) وهذا مع اتصال أجزاء المال المقسوم، وأما إذا كانت الأجزاء متفرقة فلا فرق بين أن يخرج الجزء على الاسم أو الاسم على الجزء. (قرر). لكن يخرج بقية الورق جميعاً، ولا يلغي البقية. (قرر).

---

[١] ولا يعتد بما بقي من ورق صاحب النصف وصاحب الثلث، ثم يخرج ورقة على الجزء الرابع إن كانت الأولى خرجت لصاحب النصف، وإن كانت لصاحب الثلث أخرجت على الجزء الثالث، وإن كانت لصاحب السدس أخرجت على الجزء الثاني، ثم كذلك. (بيان) (قرر).

[٢] وهذا هو مفهوم قوله: «أخرج الاسم على الجزء».

التفريق[١] أو التشاجر، وسواء اختلفت الأجزاء[٢] أم اتفقت[٣].

(وإلا) تختلف الأنصباء بل اتفقت[٤] **(فمخير)** إن شاء أخرج الاسم على الجزء وإن شاء أخرج الجزء على الاسم، وسواء اتفقت الأجزاء أم اختلفت.

(ولا يدخل حق لم يذكر[٥] فيبقى كما كان[٦]) فلو اقتسما أرضاً بينهما نصفين وهي مختلفة الأجزاء، فجاء ثلثاها بالمساحة[٧] نصيباً وثلث نصيباً[٨]، وسكتا عن حقها من الماء - لم يدخل في القسمة تبعاً[٩]، ....

---

(١) أما التفريق فنحو أن يخرج لصاحب السدس رقعة ثم يوجد فيها الجزء الثاني أو ثم يخرج الجزء الأول أو السادس لأحد الشريكين الآخرين مع غيره. وأما التشاجر فنحو أن يخرج لصاحب الثلث الجزء الثاني، فيطلب أن يضم إليه جزء من جهة، ويقول شركاؤه: من جهة أخرى، وكذا إذا خرج الجزء الثالث أو الرابع لصاحب النصف فربما يتشاجرون من أين يضم له إليه. (كواكب).

(٢) يعني: أجزاء الأرض، نحو أن يكون بعضها الذراع فيها بدرهم، وبعضها كل ذراع ونصف بدرهم، وبعضها كل ذراعين بدرهم. (ديباج).

(٣) في القيمة. (تذكرة) (قرير).

(٤) كثلاثة إخوة.

(٥) إلا لعرف أو ذكر. (قرير).

(٦) وذلك لما[١] كان تصح قسمة الحقوق المحضة[٢] لم تدخل تبعاً كالبيع، وفي البيع لا يصح البيع للحقوق منفرداً. (معيار معنى).

(٧) لرداءتها.

(٨) لجودتها.

(٩) قيل: إلا أن يجري عرف بدخول الماء تبعاً في القسمة لزم ذلك. (شرح أثمار). والعرف كثير من الأماكن أن السيل والغيل يتبع المقسوم على قدر المساحة. (شرح بحر).

---

[١] لفظ المعيار: وصحت في الحقوق المحضة كالأصباب، ولصحتها فيها لم تدخل تبعاً كالبيع، وذلك من قياس العكس.

[٢] هذا هو المختار في صحة قسمة الحقوق المحضة، بخلاف ما ذكره في البيان في مسألة الماء، ولعله بناه على قول المؤيد بالله: إن القسمة بيع أينما وقعت. (إملاء سيدنا حسن رحمه الله).

بل يبقى نصفين[(١)] بينهما[(٢)].

(ومنه البذر[(٣)] والدفين[(٤)]) يعني: أن البذر الذي لم ينبت وقت القسمة والدفين من جملة الحقوق[(٥)]، فلو اقتسما أرضاً مبذورة أو فيها دفين ولم يذكر البذر ولا الدفين بقيا[(٦)] مشاعين، وصحت القسمة.

واعلم أن قسمة الأرض دون البذر إن كانت بالتراضي فلا إشكال في صحتها، وإذا امتنع أحدهما هل للحاكم أن يجبره؟ قال الفقيه علي: يحتمل الوجهين.

قال عليه السلام: والأقرب عندي أنه لا يجبره؛ لأنه بمنزلة إلزامه أخذَ بعض حقه؛ إذ قد صارت الأرض والبذر بمنزلة الشيء الواحد[(٧)].

وإذا بقي البذر مشاعاً لم تصح قسمته[(٨)] قبل نباته؛ ....

---

(١) لا على قدر المساحة إذا سكتوا عنه عند القسمة، سواء كان من السيل أو الغيل أو البئر. (بيان).

(٢) إلا لعرف.

(*) ما لم يكن سقيها موجاً، فأما حيث كان سقيها موجاً فإنه يبقى بينهما كما كان قبلها. (كواكب معنى) و(قرير).

(٣) عبارة الفتح: «ولا دفين وبذر وثمر وزرع لم يدخل».

(٤) أما الدفين فلا يسمى حقاً بل ملكاً. (قرير). وكذا البذر. (قرير).

(٥) ليس من الحقوق، بل البذر والدفين ملك. (قرير).

(٦) وأما المدفن والبئر فيدخلان إلا لعرف.اهـ إن وقعت القسمة مع العلم بها. (حاشية سحولي).

(*) قال في التذكرة: وإن أتبعوا كل قسم ما فيه صح.اهـ ولو مع الجهالة للبذر؛ لأنه يجري مجرى الحقوق. (قرير).

(٧) لعله حيث قد فسد ولم يظهر. (بيان). فإن كان قد ظهر أجبر على قسمة الأرض.اهـ بل بالتراضي فقط. (قرير).

(٨) ولفظ البيان: **فرع:** فإن قسموا البذر وحده لم تصح إلا مع العلم بتساويه؛ لأن قسمته حينئذ بيع، ذكره في اللمع والتذكرة. (لفظاً). يقال: مع الإجبار، لا مع التراضي فتصح ويكون جزافاً، ولو مع التفاضل. (مفتي) (قرير).

=

لأنه مجهول(١)، فإن كان قد خرج وكان حشيشاً(٢) فقسمته على التراضي جائزة(٣)؛ لأنه مشاهد، وإن امتنع عن القسمة أحد الشريكين لم يجبر(٤)، فإن بلغ حالة الحصاد فقال أصحاب الشافعي: لا يجوز؛ لأنهم لا يصححون البيع في مسائل الاعتبار، وأما عندنا فيجوز(٥) إذا كان التبن له قيمة(٦) كمسائل الاعتبار وقلنا «إن القسمة بيع»، وأما إذا قلنا «إنها إفراز» قيل: لم يجز(٧)؛ لأن الحب غير مشاهد.

قال عليه السلام: ولعل هذه القسمة تكون بالتراضي(٨) ....

(*) إلا بالتراضي. (مفتي) (قرير).

(١) إلا أن يكون قدر الحب معلوماً في كل قسم ولم يفسد صح، وأجبر الممتنع على المختار. (قرير).

(٢) أي: لم يستحصد.

(٣)بشرط القطع[١] أو البقاء، وإلا فلا. (بيان). والمختار الصحة؛ لأنه يبقى بالأجرة إلى حصاده كما يأتي قريباً.

(*) يعني: صحيحة.

(٤) لأن للزرع حداً ينتهي إليه، وهما شريكان فيه على أن ينتهي إلى حده. فأما إن اشتركا فيه ليؤخذ علفاً للبهائم ونحو ذلك فإنه يجبر من امتنع منهما على القسمة إذا بلغ الحد الذي يعتاد أخذه علفاً. وقيل: بالتراضي، كما في حاشية السحولي.

(٥) ولا يجبر.

(٦) لا فرق بين أن تكون له قيمة أم لا؛ إذ يصح جزافاً. (صعيتري) (قرير). وفيه نظر، ووجهه: أنه مختلف.

(*) لا فرق مع التراضي.

(٧) أي: لم يجبر.

(٨) من أول الحاصل.

---

[١] عبارة البيان: ولا تجب قسمة الزرع قبل حصده، فإن تراضوا بها صحت إذا شرط بقاؤه أو قلعه.

دون الإجبار(١).

(ولا يقسم الفرع(٢)) وهو أغصان الشجر كمسارع العنب **(دون الأصل، و)**لا يقسم **(النابت دون المنبت(٣) والعكس)** وهو أن يقسم الأصل دون

---

(١) إلا أن يرى الحاكم صلاحاً في قسمته؛ لكون أحدهما يستنفق منها دون الآخر، أو ليحفظ حصته من السرق ونحوه، وشريكه بخلافه - كان للحاكم أن يقسمه بينهما، أو يستأجر على حفظه، وتؤخذ الأجرة من نصيب المتمرد فيما يقابل حصته، ونحو ذلك. (عامر). وظاهر الكتاب لا يجبر مطلقاً. (قرير)[١].

(٢) للصحة.

(٣) وهذا هو الشرط الذي للصحة فقط، وما عداه فهو للنفوذ والإجبار.اهـ قال الفقيه علي: إنما لم تصح القسمة في الأرض دون الشجر مع الإجبار، وأما مع التراضي فتصح القسمة. (تعليق ابن مفتاح). وفي التذكرة وغيرها خلافه، وهو أنها لا تصح.اهـ ولفظ البيان: **مسألة:** ولا تصح قسمة أصل الشجرة دون فروعها ولا العكس ولو تراضوا بذلك؛ لأن الشجرة كالحيوان..إلخ.

(*) وذلك لأن الشجر شيء[٢] واحد كالحيوان[٣]، فلا تصح إفراد بعضه بالحكم عن بعض، ولو تراضوا بذلك كالبيع. (كواكب). هكذا علل في الشرح، وأما الوالد فعلل بأنه يؤدي إلى أنه ينمو ملك مشاع في ملك خالص أو عكسه على التأبيد. (صعيتري)[٤].

(*) على وزن مَفْعَل.

---

[١] هذا التقرير ليس في شرح سيدنا حسن، ولعله اختيار سيدنا علي بن أحمد رحمه الله.

[٢] ليس كالشيء الواحد، وسيأتي في الهبة أنه إذا زاد الشجر امتنع الرجوع في الشجر؛ لأنه ليس كالشيء الواحد.

[٣] يعني: فلا تصح قسمة أعلى الشاة دون قوائمها. (بستان).

[٤] لفظ الصعيتري: وعلل في الشرح بأن القسمة في معنى البيع، وبيع الأصول دون الفرع وعكسه لا يصح إلا بشرط القطع من معلوم، وعلله الفقيه علي بأنه لو صحت قسمة أحدهما دون الآخر أدى إلى أن ينمو ملك خالص على مشاع أو عكسه على التأبيد. إلى أن قال: قوله: «ولا في الأرض دون الشجر وعكسه» ووجهه: أن الغرض لا يحصل إذا لم يقتسما جميعاً، وللعلة التي علل بها الفقيه حسن المنع من صحة الأصول دون الفروع والعكس.

الفرع والأرض دون[1] الشجر، فهذا لا يصح[2] **(إلا)** أن يقسم الفرع دون الأصل والنابت دون المنبت والعكس **(بشرط القطع[3])** فإنه يصح **(وإن بقي)** ولم يقطع.

قال الفقيه يوسف: ويصح قسمة الثمر بعد صلاحه[4] دون الشجر كالزرع، وأما قبل صلاحه فلعله كالزرع حشيشاً[5]، والله أعلم.

(أو[6]) قسمت **(الأرض[7] دون الزرع[8] ونحوه)** يعني: فإنها تصح

---

(١) والوجه في ذلك ما ذكره أبو طالب في قسمة الأرض دون الشجر أنه ينافي الغرض بالقسمة؛ لأنه يؤدي إلى أحد محذورين: إما أن يكون كل واحد من الشريكين لا يتمكن من التصرف والانتفاع بملكه؛ لأنه في ملك صاحبه. أو أنه لا يجوز لكل واحد من الشريكين أن يمنع صاحبه من الدخول إلى نصيبه، ومع هذين الطرفين لم يحصل الغرض بالقسمة. قال في الغيث: قلت: وهذه العلة كما تلزم في قسمة الأرض دون الشجر تلزم في العكس، وتلزم في قسمة الفرع دون الأصل. (شرح أثمار بلفظه).

(٢) ولو تراضوا؛ لأنه صار الفرع والأصل كالشيء الواحد.اهـ كالحيوان.

(٣) ويكون موضع القطع معلوماً لفظاً أو عرفاً. (قرير).

(*) وإنما تصح بشرطين: الأول: أن يشرط القطع للفروع، سواء كانت هي المقسومة أو الأصول. الثاني: أن يكون موضع القطع معلوماً. (زهور) (قرير).

(٤) ولو بالحكم؛ لأنه كالمتاع الموضوع في الدار. (قرير).

(٥) حيث كان بالتراضي لا بالإجبار.

(*) أي: لم يسنبل.

(٦) عطف على قوله: «إلا بشرط القطع».

(٧) فإن قلت: فلم جوزتم قسمة الأرض دون الزرع ولم تجوزوا عكسه -وهو قسمة الزرع دون الأرض- إلا بالتراضي؟ قلت: لأن الأرض إذا قسمت دون الزرع أمكن تقسيط الأجرة؛ لتميز نصيب كل واحد منهما، بخلاف ما لو قسم الزرع دون الأرض؛ فإن الزرع يكون في بعضها خفيفاً وفي بعضها غليظاً، فلا تتقسط الأجرة. (غيث).

(٨) إنما صح قسمة الأرض دون الزرع لأن للزرع ونحوه حداً ينتهي إليه، بخلاف الأول فهو كالجزء منها.

قسمة[١] ذلك وإن لم يشترط القطع، ونحو الزرع هو أن تقسم الأرض والشجر الذي فيها[٢] دون ثمر الشجر **(ويبقى)** إلى[٣] الحصاد **(بالأجرة[٤])** من صاحب الزرع والثمر.

(و)إذا اعوجَّت شجرة في أرض فصارت فروعها في أرض غير أرض صاحبها، وثمرها يسقط فيها - حكم على صاحب الأرض التي تساقط إليها ثمر جاره بتسليم الثمر إليه[٥]، وحكم **(على رب الشجرة[٦] أن يرفع[٧]**

---

(١) ويجبر من امتنع. (بهران). لأن الزرع كالمتاع الموضوع، ذكر ذلك السادة والانتصار.اهـ وفي حاشية السحولي ما لفظه: لكن بالتراضي فقط في جميع ذلك، لا بالإجبار.

(٢) ولو بالإجبار. (قرير).

(٣) وجوباً. (قرير).

(٤) أجرة المثل، وإذا تساويا تساقطا، وإلا ترادا الزيادة. (قرير).

(*) إجماعاً.

(*) قال الفقيه يوسف: ويلزم كل واحد حصته من أجرة الثمر الذي على شجر صاحبه[١] ولو كان لا يصح استئجار الشجر للثمر؛ لأن الأجرة هنا تجب لأجل الانتفاع بحق الغير ولو كان لا تصح إجارته، كما تجب أجرة المسجد والمقبرة على من استعملهما. (بيان). والذي لا يصح هو استئجار الشجر ليستثمره؛ لأن ذلك بيع أعيان معدومة. (بستان).

(٥) ظاهره ولو بَعُدَ[٢]. (قرير). وهذا بعد النقل.اهـ لا فرق. (قرير).

(*) ولا تكفي التخلية.

(*) بالإعلام أو التخلية.اهـ بل يجب الحمل كما يأتي في قوله: «كما يلقيه طائر أو ريح». (قرير).

(٦) ما لم يكن عن قسمة. (قرير).

(٧) أو يقطع.

(*) فأما ارتفاعها في الهواء فأضر الظل بجاره فلا. (قرير).

---

[١] فإن استويا تساقطا، وإلا ترادا. (قرير).

[٢] بما لا يجحف. (قرير).

أغصانها[(١)] المتدلية **(عن أرض الغير**[(٢)]**)** إن أمكن، وإلا قطعها، فإن امتنع من قطعها[(٣)] قطعها صاحب الأرض[(٤)] ليدفع الضرر عن نفسه.

---

(١) فإذا قسمت الأرض والأشجار ممتدة في الأرض لم يلزم رفعها، وله المنع من إحداث غرس آخر[١]، وإذا أحدث أحدهما غروساً في حقه ودخلت عروقها أرض جاره فللجار قطعها. (بيان معنى).

(٢) ولا فرق بين الملك والحق، ذكره في الفتح.اهـ وقيل: يجوز في الحقوق حيث لا يضره[٢]، كالجبال، ومجاري السيول. (شرح فتح). وقد تقدم مثله في البيان والأزهار في قوله: «عن أرض الغير»، فمفهومه لا عن حقه.

(*) وكذا عروقها، ذكره الصعيتري.اهـ والمقرر خلافه؛ لجري العادة. (بهران). ولفظ حاشية السحولي: وأما العروق إذا امتدت إلى أرض الغير فلا يجب على صاحب الشجر قلعها، ولصاحب الأرض قلعها[٣] وإن فسدت أشجار جاره. (حاشية سحولي) (قرر).

(*) ولو وقفاً.

(*) **مسألة**: وإذا قسمت أرض على أن ما دخل من أغصان شجر كل واحد إلى أرض صاحبه فهو له أو ثمره له كانت القسمة باطلة ولو تراضوا بذلك؛ لأنها وقعت على عوض مجهول معدوم، وكذا لو كان ذلك عرفاً[٤] لهم ظاهراً. **فرع**: فإن اقتسموا ثم تراضوا بذلك من بعد القسمة جاز[٥] وكان إباحة يصح الرجوع فيه وفي ثماره مع بقائها، وتبطل بالموت[٦]. (بيان لفظاً). والبيع لا يبطل الملك. يعني: إذا باع أحدهما حصته من آخر فلا يبطل ملكه الذي على ملك الغير.

(٣) وإنما احتاج إلى إذنه هنا بخلاف الغصب لأنه لا فعل منه هنا؛ لأنها اعوجت بنفسها، والغصب ثبت بفعله.

(٤) ولا يحتاج إلى أمر الحاكم؛ لأن له ولاية. (قرر).

---

[١] غير معتاد عند القسمة، ولا شرط عندها. (قرر). ومعناه في البيان قبيل النوع الرابع: الشرب.

[٢] لفظ شرح الفتح: وقال القاضي عبدالله الدواري: إن الشجر إذا تدلى إلى حق وكان لا يضر المستحق له كالجبال التي يستحق ماؤها والأنهار وأماكن السيول فإنه لا يجب رفعها.

[٣] وله أجرة إخراج العروق، لا أجرة الحفر عليها. (شرح أثمار) (قرر).

[٤] ولعلهم إذا أرادوا صحتها صادموا العرف بصريح شرط. (قرر).

[٥] وهي صحيحة.

[٦] والبيع؛ لانتقال الملك. (هامش بيان).

=

(و)لو شرط صاحب الشجرة أن ما تدلى من أغصان شجرته إلى أرض صاحبه أو سقط من ثمارها يكون له لم يصح ذلك و**(لا تملك)** تلك الأغصان **(بمجرد)** هذا **(الشرط**[١]**)** فإن تراضيا على ذلك جاز[٢] ولا يلزم.

(فإن ادعى) رب الشجرة أن[٣] **(الهواء حقاً)** له **(فالبينة**[٤] **عليه)** أن لأغصان شجرته حق البقاء في هواء[٥] تلك الأرض. وبينته[٦] على أحد ثلاثة[٧] أوجه: إما على أن الشجرة ثابتة[٨] قبل إحياء جاره تلك الأرض، أو على أنه باعها واستثنى بقاء تلك الأغصان، أو على[٩] ....

(*) لكن يجب ما يفعله مرتباً، فيقدم الرفع إن أمكن على وجه لا يضر بالأغصان مع التمكن من ذلك، ثم مع حصول الإضرار بها إن لم يمكن رفعها إلا بذلك، ثم إن تعذر رفعها كان له أن يقطعها. (شرح أثمار) (قرير).

(*) ويرجع بالأجرة إن نوى الرجوع، لا أجرة الهواء؛ إذ لا يؤخذ عوض على الحق.

(١) لأنه تمليك معدوم، إلا أن يأتي بالنذر أو الوصية. (قرير).

(٢) أي: يكون إباحة يرجع بها مع البقاء. (قرير).

(٣) «أن» موجودة في نسخ الشرح، وليست موجودة في الغيث.

(٤) اتفاقاً. (شرح فتح).

(*) قال الفقيه علي: ولا يأتي هنا خلاف المنصور بالله والمؤيد بالله في ثبوت الحق باليد؛ لأنه لا اختيار للشجرة.

(٥) ولا يتهيأ في الهواء إثبات يد قط[١] كما في المرور، وقد ذكر المؤيد بالله في العروق أنها لا تثبت بها يد، وكذا الفروع.اهـ قال في شرح الفتح: لا تثبت الحقوق في الهواء عند الجميع.

(٦) أي: طريقهم؛ لا أنهم يسألون عن ذلك. (قرير).

(٧) والرابع: نكوله عن اليمين. والخامس: رد اليمين.

(٨) أي: معوجة. وقيل: لا فرق؛ لأنه قد ثبت لها حريم. [أما إذا كانت نابتة قبل إحياء جاره فهو ملك لا حق].

(٩) أو نذر أو وصية أو هبة. (قرير).

---

[١] لأن ميلان الشجر ليس من فعله. (بيان من الدعاوى).

إقراره باستحقاق البقاء[١].

(وهي) واجبة **(على مدعي**[٢] **الغبن**[٣] **و)**مدعي **(الضرر**[٤] **والغلط)** فلو ادعى أحد المقتسمين أنه مغبون في سهمه غبناً فاحشاً، أو ادعى أنه مضرور لكونهم لم يتركوا له طريقاً أو مسيل ماء، أو ادعى أن نصيبه مغلوط فيه - فإن صادقه الشركاء على ذلك وجب نقضها[٥] وإعادتها على التعديل، وإن تناكروا

(١) أو على أنها قسمت الأرض وكانت الأغصان من قبل القسمة. (قرير).

(٢) فإن ادعى أنها فاسدة، أو أنه لا مسيل ولا طريق، أو الغبن - فالقول قول مدعي الصحة. وإن كان لأجل أنه لم ينصب عن الغائب أو الصغير فالقول قول مدعي الفساد؛ لأن الظاهر عدمه.

(٣) **فرع:** فلو كان قد قطع كل واحد منهم من صاحبه كل حق ودعوى بعد قسمتهم فقيل: [وقواه المتوكل على الله]: لا تسمع دعواه لفسادها؛ لأجل البراء، [إلا أن يكون ثم تغرير]. وقيل[١]: بل تسمع؛ لأنه إنما أبرأ ظناً منه أنه مستوف لحقه، بحيث لو علم عدم الوفاء ما أبرأ. (بيان) و(قرير).

(٤) يعني: ولم يتراضوا به. (مفتي) (قرير).

(٥) ينظر لو لم يجد شهوداً على الغلط، ولكن طلب أن تلبن الأرض للقسومة جميعها؟ أجاب الشامي: أنها إن كانت قسمة الأرض بالمساحة فقط أجيب إلى ذلك، وإن كانت قسمة الأرض بالتقويم لم يُجَبْ؛ لجواز أنها جعلت حصته مقابلة لحصة شريكه لزيادتها بالقيمة، والله أعلم بالصواب.اهـ فإن كانت الزيادة ظاهرة والقيمة مستوية؟ لعله يجاب إذا لم يجوز كون الزيادة من فعل صاحب الحصة من حق أو مباح. (إملاء سيدنا علي رحمه الله) (قرير). وينظر على من تكون أجرة اللبان؟ تكون على الطالب إذا انكشف أنه غير محق، وإلا فعليهم. (قرير).

(*) **فرع:** وإذا باع أحدهم ما صار إليه ثم بان أنه أكثر من نصيبه، نحو أن يقسم له الربع وليس له إلا الثمن، فإن صح ذلك بالبينة والحكم أو بعلم الحاكم بطلت القسمة، ......=

----

[١] وقواه الإمام المهدي؛ لأن القسمة ليست إفرازاً.

=

= ونقض البيع كله[١]؛ لأنه لو صح في نصيبه لزم أن يبيع نصيبه في جوانب الأرض كلها، وذلك يضر بشركائه. وقال أبو جعفر والقاضي زيد والفقيه يحيى البحيبح: إنه يصح بيع نصيبه – وهو الثمن – ويبطل الزائد، ويكون للمشتري الخيار إن جهل ذلك. وقال الفقيه علي: إنه يصح البيع في نصيبه الأصلي من هذا الذي باع، وهو ثمنه [يعني: ثمن الربع] والباقي يبطل. **فرع:** فلو كان المقسوم مثلياً صح بيع نصيبه، وهو الثمن [من الكل، لا من الذي باع؛ لأن القسمة إفراز] ويبطل الزائد، ولا خيار للمشتري إلا إذا كان له غرض في شراء الكل. **فرع**[٢]: وإن ثبت الغلط بتصادق الشركاء فإن صادقهم المشتري بطلت القسمة، ونقض البيع كله، وإن ناكرهم المشتري وحلف لم ينقض البيع، وتبطل القسمة؛ فيشتركون في الباقي، وأما المبيع فإن أجازوا له بيعه اشتركوا في ثمنه، وإن لم فعلى البائع استفداؤه بما لا يجحف، فإن تعذر عليه غرم لهم مثل نصيبهم فيه[٣]، وهو نصفه إن كان مثلياً[٤] أو قيمة سبعة أثمانه[٥] إن كان قيمياً[٦]، فإن كان ثمنه مثل قيمته فهو بها[٧]، وإن كان أقل منها غرم الزائد، وإن كان زائداً عليها رد الزيادة للمشتري، وهذا على قولنا: إن بيعه يبطل كله. **مسألة:** وإذا كانت القسمة في دين على خصوم فاقتسموه لكل واحد منهم ما على خصم معين فقيل: لا تصح القسمة حتى يقبضوه الكل؛ لأن الدين معدوم. وقيل: بل تصح القسمة. قال سيدنا: ولعلها تصح على القول بأنها إفراز[٨]، لا على القول بأنها بيع. (بيان).

---

[١] إلا إذا تعينت القسمة في هذه الأرض -نحو أن لا يقسم بعضها في بعض- صح بيع نصيبه؛ لزوال العلة.اهـ وهذا قول حسن. لعله يقال: هو يؤدي إلى تفريق الحصة، بأن ينفذ في كل نصيب بقدر حصته.

[٢] هذا فرع من قوله: **فرع:** وإذا باع أحدهم.. إلخ.

[٣] هذا يستقيم في المنقولات، وأما في غير المنقولات فلا يضمن إلا ما تلف تحت يده على قول الهادي عليه السلام، وإن وجب الاستفداء والأجرة مدة ما لبثت تحت يده.

[٤] لأن القسمة إفراز، فقد صح في النصف؛ لأنه قد تعين له. (هامش بيان).

[*] لصحة القسمة. (هامش بيان).

[٥] لأن القسمة ليست إفرازاً، ولأن الذي في يده ربع، وهو لا يستحق إلا ثمناً.

[٦] لعدم صحة القسمة. (هامش بيان).

[٧] لأن القسمة ليست إفرازاً، ولأن الذي في يده ربع، وهو لا يستحق إلا ثمناً.

[٨] الأولى أنها تصح فيما هو إفراز مشروطاً بالقبض، ولا تصح فيما هو بمعنى البيع. (قرير).

كانت البينة(١) على مدعي فسادها(٢) بأي هذه الوجوه.

فإن كان أحدهم قد باع نصيبه لم يصح تصادقهم على فسادها؛ لأنه إقرار على الغير(٣)، وإنما يثبت ذلك بالبينة(٤)، فإن قامت البينة(٥) انتقض البيع(٦)، قال

---

(١) فأما الغبن غير الفاحش فلا تنقض به القسمة مطلقاً [سواء كان المغبون الوكيل أو المالك. (قرر)] وهو ما يتغابن الناس بمثله.

(٢) وكيفيتها أن يشهدوا أنها فاسدة. (غيث).

(*) وذلك لأن مدعي الفساد يدعي خلاف الظاهر. وكيفية الشهادة: أن يشهدوا أنها فاسدة لأجل الغلط، أو لكون الغبن في التقويم كثيراً وفيهم غائب أو صغير، أو لكونهم لم يتركوا لبعض الأقسام طريقاً أو مسيل ماء. قال الفقيه يحيى البحيبح: ولا يضر كون هذه البينة تضمن النفي، وهو أنه ليس لهذا النصيب طريق أو مسيل؛ لأن مثل هذا جائز، كما لو شهدوا على أن هذا مفلس، فالمعنى ليس له مال، وكما لو شهدوا بأرض لبيت المال، فالمعنى ما لها مالك، مع أن الشهادة تصح على إقرارهم كما ذكروا أن الشهادة على النفي إذا كانت مستندة إلى الإقرار تصح. قيل: وقد يصح العكس أيضاً، وهو أن يشهد الشهود على النفي والمضمون الإثبات، كما ذكر عن المؤيد بالله إذا وضع رجل يده على أرض لا يعرف مالكها، فشهد الشهود أنه غير مالك صحت الشهادة؛ لأن مضمونها أنها لبيت المال. (بستان بلفظه). [والمذهب أنها لا تقبل. (قرر). إلا أن يزيدوا: ولا يعرف لها مالك، كما سيأتي. (قرر)].

(*) بالغبن؛ لأنه يدعي خلاف الظاهر.

(٣) إلا أن يصادقهم. (قرر).

(*) ويحلف المشتري أنه لا يعلم بالغبن. (قرر).

(*) وإن ناكرهم وحلف لم يبطل البيع.اهـ وتبطل القسمة، ويشتركون في الباقي.

(٤) والحكم.

(*) أو حكم الحاكم بعلمه. (قرر).

(٥) في وجه المشتري. (قرر).

(٦) وهي صورة «غالباً» في قوله: «وتنفذ في نصيب العاقد شريكاً غالباً».

الفقيه يحيى البحيبح: في الزائد[(١)] على نصيبه من الذي باع.

وقال الفقيه محمد بن سليمان والكني: يبطل في الكل[(٢)]؛ لئلا يفرق نصيبه[(٣)]؛ بأن يبيع من كل جانب جزءاً فيصح قدر نصيبه من ذلك الجزء[(٤)]، ولأن ملكه لجزء من هذا النصيب يترتب على صحة القسمة.

(ولا تسمع) البينة **(من حاضر[(٥)])** عند[(٦)] القسمة ....

---

(١) قوي ما لم يقسم بعضه في بعض.

(*) ويكون للمشتري الخيار حيث جهل. (سحولي).

(٢) وقيل: الأولى أن يفصل ويقال: إن كانت هذه الأرض مما يقسم بعضها في بعض لم يصح كما ذكره الكني، وعلى هذا يحمل كلام من قال: إن المشاع لا يصح بيعه، وإن كانت لا يقسم بعضها في بعض صح البيع؛ لزوال العلة. وهو قول حسن.

(٣) ما لم يكن مثلياً فيبطل في نصيبه.اهـ صوابه: فينفذ. (قررو).

(٤) وصورة المسألة: أن تقسم جربة بين أربعة إخوة، وهي ثمانون لبنة، باع أحدهم حصته عشرين لبنة، فلما انتقض البيع صار مشاعاً عند أهل المذهب؛ لأنه يبطل البيع في الكل. وعلى كلام الفقيه يحيى البحيبح لما عادت مشاعاً بطل البيع في ثلاثة أرباع العشرين، والربع الذي للبائع –وهي خمس لبن– لا يبطل فيه، ويعود له في كل جانب متفرقاً مما في أيدي إخوته ربع، فالبيع لا يبطل فيه، ويعود له في كل جانب، فيكون البيع متفرقاً في الجوانب الأربعة. والله أعلم وأحكم.

(٥) إن لم يجبر[١] عليها، أي: على القسمة؛ إذ لو أجبره قبلت دعواه. (شرح فتح). ومثله في البحر. والقول لمنكر القسمة والغبن والغلط والضرر؛ لأن الأصل عدمها.

(*) غير مجبر من ظالم. (قررو). [لا الإجبار على شروطه فهو صحيح. (قررو)].

(*) مباشر. و(قررو). لا موكل ولو حاضراً فلا ينفذ عليه، وهو الذي تقدم في البيع في قوله: «أو متصرف عن الغير فاحشاً». (قررو).

(*) أو غائب مجيز بعد العلم بالغبن. (بحر، وبيان). إذ قد رضي به كالبيع.

(*) أو غائب بعد الإجازة حيث لم يحصل تغرير.

(٦) ولا بد أن يكون الحاضر المقاسم. (قررو).

---

[١] إذا كان الإجبار من ظالم، لا من الحاكم فلا تسمع. (قررو).

(في) وقوع **(الغبن**[١]**)** عليه، ولا تنقض القسمة بذلك؛ لأنه إذا كان حاضراً عند القسمة وأقام البينة على أنه مغبون كان بمنزلة من باع بغبن فاحش، بخلاف ما إذا كان غائباً أو صغيراً[٢] فإنها تنقض؛ لأن تصرف الوكيل[٣] والولي[٤] بغبن فاحش لا ينفذ.

---

(١) وأما الغلط والضرر فتسمع. (قرر).

(٢) ولو قد بلغته القسمة وأجاز.

(٣) في الغائب.

(٤) في الصبي.

الفهرس